
UE 113 →

DROIT SOCIAL

Année 2013-2014

Ce fascicule comprend :
La présentation de l'UE
La série 1
Le devoir 1 à envoyer à la correction

**LES SOURCES ET L'APPLICATION DES RÈGLES
DU DROIT DU TRAVAIL**

L'auteur :

Marie-Françoise VOLPELIER : Chargée d'enseignement à l'Intec, consultante et formatrice en droit social.

⟨••• www.cnamintec.fr •••⟩

L'ensemble des contenus (textes, images, données, dessins, graphiques, etc.) de ce fascicule est la propriété exclusive de l'INTEC-CNAM.

En vertu de l'art. L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, la reproduction ou représentation intégrale ou partielle de ces contenus, sans autorisation expresse et préalable de l'INTEC-CNAM, est illicite. Le Code de la propriété intellectuelle n'autorise que « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (art. L. 122-5).

«... OBJECTIFS ...»

le criam
intec
Institut national de la recherche
économique et sociale

L'objectif de la série 1 du cours de droit social est triple :

- donner une première approche de la matière ;
- définir les sources du droit du travail et comprendre la hiérarchie des normes ;
- appréhender l'importance du contrat de travail lui-même comme source principale de droits et d'obligations pour le salarié et l'employeur.



TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION DE L'UE	7
PLAN ANNUEL DU COURS	13
INTRODUCTION AU DROIT SOCIAL	15
PARTIE 1. LES SOURCES ET L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL	17
TITRE 1. LES RÈGLES ÉTATIQUES ET PROFESSIONNELLES.....	17
Chapitre 1. Les sources internationales	17
Section 1. Les conventions de l'OIT	17
Section 2. Les traités bilatéraux	18
Section 3. Les conventions réglant les conflits de lois et de juridiction	18
Chapitre 2. Les sources européennes	19
Section 1. Les traités	19
Section 2. Le droit communautaire dérivé.....	19
Section 3. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)	21
Chapitre 3. Les sources internes.....	21
Section 1. Les sources étatiques	21
Section 2. Les sources non étatiques ou professionnelles	24
Chapitre 4. La hiérarchie entre les sources.....	35
Section 1. Le principe de l'application de la règle la plus favorable au salarié ...	35
Section 2. Les exceptions au principe de faveur au salarié	36
TITRE 2. LE CONTRAT DE TRAVAIL.....	37
Chapitre 1. Le recrutement des salariés.....	37
Section 1. Les formalités préalables à l'embauche	37
Section 2. Les restrictions à la liberté d'embauche.....	38
Section 3. L'embauche	40
Section 4. Les formalités liées à l'embauche	42
Chapitre 2. Le contrat de travail	44
Section 1. Définition du contrat de travail	44
Section 2. Les conditions de formation du contrat	45

Section 3. Le contrat à durée indéterminée	51
Section 4. Les contrats dérogatoires.....	52

TITRE 3. L'APPLICATION DES RÈGLES DE DROIT..... 73

Chapitre 1. Les contrôles de l'application des règles de droit du travail et de la protection sociale73

Section 1. L'inspection du travail.....	73
Section 2. Le service de santé au travail	75
Section 3. L'Urssaf.....	76
Section 4. Le travail dissimulé	79

Chapitre 2. Le contentieux social80

Section 1. Les juridictions civiles, pénales et administratives qui ont à connaître des questions relatives au droit social	81
Section 2. Les juridictions sociales	82
Section 3. La compétence spéciale du conseil des prud'hommes.....	83
Section 4. Le procès prud'homal	84

Chapitre 3. Les conflits collectifs89

Section 1. Le droit de grève.....	89
Section 2. La vie de l'entreprise pendant la grève	96
Section 3. Les recours à la justice.....	103
Section 4. Le règlement des conflits collectifs	109

EXERCICES AUTOCORRIGÉS 113

INDEX 117

DEVOIR 1 119

PRÉSENTATION DE L'UE

Bienvenue dans le cours de l'UE 113 – Droit social de l'Intec !

I. LE PROGRAMME DE DROIT SOCIAL EN DGC

Le cours de droit social de l'Intec correspond au programme de l'UE n° 3 du nouveau DCG tel qu'énoncé dans le BO n° 11 du 18 mars 2010 (cf. programme ci-après). Il s'agit donc d'un cours de niveau Licence pour lequel le programme officiel prévoit 150 heures d'enseignement et équivalant à 12 ECTS (crédits européens d'enseignement).

Sens et portée de l'étude	Notions et contenus
1. Introduction : les sources du droit social (15 heures)	
Cette introduction a un triple objet : <ul style="list-style-type: none"> • donner une approche de la matière • définir les sources documentaires et préciser comment s'en servir • comprendre la hiérarchie des normes. 	La définition du droit social : <ul style="list-style-type: none"> • construction du droit du travail et de la protection sociale • champ d'application • caractères Les règles de droit social : <ul style="list-style-type: none"> • les sources internationales, communautaires et nationales • les règles de conflits de loi et de juridiction • l'importance des sources professionnelles Les usages et les actes unilatéraux
2. Aspects individuels du droit du travail (65 heures)	
2.1 La formation du contrat de travail	
La relation de travail est une relation contractuelle et la pratique d'entreprise doit suivre les règles du droit des obligations. Recruter, rédiger un contrat de travail, insérer des clauses particulières, opter pour un contrat à durée déterminée, réviser le contrat ou le transférer, sont autant de techniques contractuelles où se manifeste la liberté des parties.	Le recrutement : <ul style="list-style-type: none"> • acteurs et missions du service public de l'emploi • les restrictions à la liberté d'embauche • les modalités de recrutement Les différentes formes de contrat : le contrat à durée indéterminée et les contrats atypiques Les conditions de formation du contrat : <ul style="list-style-type: none"> • les conditions de fond : capacité, consentement, cause et objet • les conditions de forme Les formalités liées à l'embauche (vis-à-vis de la Sécurité sociale et des services du ministère du Travail) L'exécution du contrat : les obligations de l'employeur et du salarié
2.2 L'évolution du contrat de travail	
Les obligations nées du contrat de travail présentent des singularités liées au lien de subordination entre l'employeur et l'employé et au fait que le travail, moyen de subsistance essentiel du salarié, occupe une grande partie de son quotidien.	La suspension du contrat La modification du contrat Transfert d'entreprise et maintien du contrat de travail
2.3 Les conditions de travail	
Les obligations nées du contrat de travail présentent des singularités liées au lien de subordination entre l'employeur et l'employé et au fait que le travail, moyen de subsistance essentiel du salarié, occupe une grande partie de son quotidien.	La durée du travail Les congés et repos La rémunération du travail : modalités de détermination du salaire et de ses éléments accessoires et complémentaires La formation : le plan de formation, le droit individuel à la formation, les congés de formation, le financement de la formation

Sens et portée de l'étude	Notions et contenus
2.4 La rupture du contrat de travail	
Le droit du travail a élaboré une théorie de la rupture du contrat tout à fait originale. Il s'agit moins de l'exercice d'un droit de résiliation unilatéral d'un contrat à l'initiative de l'employeur ou du salarié que d'une politique de lutte contre l'exclusion, dans l'intérêt de la société.	Le licenciement : motifs et procédures Les autres modes de rupture du contrat de travail : <ul style="list-style-type: none"> • la démission • le commun accord des parties • le départ et la mise à la retraite • la force majeure et la résiliation judiciaire Les effets de la rupture du contrat de travail
2.5 Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés	
Le pouvoir de l'employeur inhérent à sa qualité de chef d'entreprise réside dans son pouvoir normatif (élaboration de règles) mais également dans la possibilité d'infliger des sanctions disciplinaires. Pour limiter les abus du pouvoir de direction s'établit progressivement un corpus de droits fondamentaux de la personne au travail.	Les fondements du pouvoir de l'employeur Les actes réglementaires de l'employeur (règlement intérieur, notes de service) Le droit disciplinaire : fautes et sanctions disciplinaires, garanties procédurales, contrôle judiciaire La protection de la personne au travail : <ul style="list-style-type: none"> • pouvoir de direction et libertés fondamentales • discrimination, harcèlement, conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité de la personne • pouvoir de direction et protection du corps : atteintes involontaires à la vie et à l'intégrité des personnes, mise en danger d'autrui, règles d'hygiène et de sécurité
3. Aspects collectifs du droit social (40 heures)	
3.1 La représentation collective	
Le travail s'exerce dans une collectivité : au contrat se superposent des règles démocratiques inspirées de la représentation politique Différentes institutions de représentation et des dispositifs d'information ont été progressivement introduits au sein de l'entreprise.	Les institutions représentatives du personnel (délégués du personnel ; comité d'entreprise ou de groupe) : mise en place et rôles de ces institutions Les syndicats : la liberté syndicale, le statut juridique des syndicats, la représentation syndicale dans l'entreprise, rôles de l'action syndicale La protection des institutions représentatives du personnel et des syndicats : les personnes protégées, les moyens de la protection, les délits d'entrave Le droit d'expression des salariés
3.2 La négociation collective	
La crise du « légal », la fragmentation des espaces économiques nationaux et la volonté des acteurs économiques de produire la norme sociale qui régit leurs relations exigent aujourd'hui d'accorder une place particulière à la négociation collective et aux conventions collectives.	Le droit commun de la négociation et des conventions collectives : formation de la convention et modalités d'application, extension et élargissement Le droit particulier de la négociation et des conventions collectives : accords nationaux interprofessionnels, accords et conventions de branche, accords de groupe, accords d'entreprise
3.3 L'association des salariés aux performances de l'entreprise	
Différentes dispositions permettent d'associer, de façon facultative ou obligatoire, les salariés aux performances de l'entreprise	La participation des salariés aux résultats de l'entreprise L'intéressement Les plans d'épargne
3.4 Le bilan social	
	Champ d'application, modalités d'élaboration et de diffusion du bilan social
4. La protection sociale (20 heures)	
4.1 Introduction au droit de la protection sociale	
L'employeur verse des revenus de remplacement soit directement (tel que le maintien du salaire en cas de maternité), soit indirectement en contribuant au financement d'organismes de Sécurité sociale ou de prévoyance qui prennent en charge divers risques sociaux. Ce système financé par la répartition est cependant de plus en plus concurrencé par un système fondé sur la capitalisation	La protection sociale : régimes sociaux et assurés Organisation administrative et financière de la Sécurité sociale

Sens et portée de l'étude	Notions et contenus
4.2 Le régime général de la Sécurité sociale	
L'employeur verse des revenus de remplacement soit directement (tel que le maintien du salaire en cas de maternité), soit indirectement en contribuant au financement d'organismes de Sécurité sociale ou de prévoyance qui prennent en charge divers risques sociaux. Ce système financé par la répartition est cependant de plus en plus concurrencé par un système fondé sur la capitalisation	La protection contre les aléas de la vie : assurances maladie, maternité, invalidité, décès La protection de la vieillesse : droits à pension de retraite et prestations La couverture des risques professionnels : accidents du travail et de trajet, maladies professionnelles La protection de la famille
4.3 La protection en cas de chômage	
	Chômage total Chômage partiel
4.4 La protection sociale complémentaire	
	Les régimes complémentaires : institutions et couvertures Les régimes d'aide sociale
4.5 Notions sur d'autres régimes	
Il s'agit de préciser les modalités de couverture des risques sociaux des travailleurs indépendants	Les assurances maladie et vieillesse des travailleurs non salariés non agricoles Le régime agricole
5. Contrôles et contentieux social (10 heures)	
5.1 Les contrôles de l'application du droit du travail et de la protection sociale	
Le contentieux social est, en volume, le plus important de tous les contentieux de l'ordre judiciaire, et la conflictualité augmente chaque année. Il est donc important de connaître les mécanismes de contrôle par l'administration de l'application des règles de droit ainsi que les règles contentieuses fondamentales.	Les contrôles de l'URSSAF Le contrôle du travail dissimulé Les contrôles de l'inspection du travail
5.2 Le contentieux social	
Le contentieux social est, en volume, le plus important de tous les contentieux de l'ordre judiciaire, et la conflictualité augmente chaque année. Il est donc important de connaître les mécanismes de contrôle par l'administration de l'application des règles de droit ainsi que les règles contentieuses fondamentales.	Les conflits non contentieux de la relation de travail : la grève, le lock-out, la conciliation, la médiation et l'arbitrage Les contentieux de la relation de travail : <ul style="list-style-type: none"> • le contentieux prud'homal • le contentieux de la Sécurité sociale • le contentieux civil du travail • le contentieux pénal du travail et de la protection sociale
INDICATIONS COMPLÉMENTAIRES	
2.1 Les contrats atypiques font référence au contrat à durée déterminée, au contrat d'apprentissage, aux contrats aidés, au contrat à temps partiel, au contrat de travail temporaire, au portage social. On mettra en exergue dans la formation du contrat certaines clauses sensibles : période d'essai, clause de non-concurrence, clause de mobilité et de résidence, clause d'exclusivité, clauses portant sur la rémunération, clause de garantie d'emploi, clause de quota.	
2.3 Il s'agit d'étudier les différentes durées du travail, les heures supplémentaires, les heures de récupération, l'astreinte, l'aménagement du temps de travail (en distinguant en tant que de besoin les cadres et les non-cadres).	

II. L'UE DE DROIT SOCIAL EN DGC

Dans le cadre de la préparation au DGC, cet enseignement en droit social a pour but de permettre aux étudiants de comprendre la structure des relations sociales individuelles et collectives, d'appréhender les logiques de raisonnement du droit du travail et d'intégrer les mécanismes et les outils juridiques développés par le législateur, les partenaires sociaux et la jurisprudence.

III. DÉROULEMENT DU TRAVAIL EN COURS À DISTANCE

Il faut évidemment commencer par acquérir les connaissances théoriques et donc, commencer par apprendre le cours. Le présent cours constitue le manuel de base en droit social. Il est auto-suffisant pour la préparation de l'examen. Il se compose de quatre séries (cf. plan du cours annuel ci-après) qui vous seront envoyées aux dates indiquées dans le guide de formation.

Une préparation sérieuse et complète ne saurait se passer de devoirs. Les devoirs sont un élément nécessaire, indispensable et essentiel pour une bonne préparation à l'examen.

Les devoirs que nous vous proposons ont la forme de cas pratiques et/ou de questions conformes aux sujets donnés aux examens.

Nous vous engageons vivement à vous soumettre à ces exercices dans les délais impartis et après avoir étudié les séries du cours correspondantes : leur correction vous permettra de vous situer par rapport aux exigences de fond et de forme des épreuves.

Six sujets de devoirs vous seront proposés sur l'ensemble de l'année : Les séries 1 et 4 comprennent un devoir chacune, les séries 2 et 3 en proposent deux. Le planning à respecter est indiqué dans le guide de formation. Après la date limite de remise des devoirs, vous recevrez les corrigés types.

@ Pour illustrer, compléter et appuyer notre cours et votre réflexion, l'Intec vous propose une documentation complémentaire à laquelle vous pouvez avoir accès sur Internet à l'adresse suivante : www.cnamintec.fr, rubrique UE 113.

Il faut aller voir régulièrement ces compléments sur le site de l'Intec (actualisations, conseils méthodologiques, actes types, liens, etc.).

Quant à la bibliographie, le cours écrit est autosuffisant et actualisé par le site Internet, en conséquence, aucun autre livre n'est vraiment nécessaire.

IV. MÉTHODOLOGIE DE L'ÉPREUVE EN DROIT SOCIAL

A. L'ÉPREUVE SELON LE BO N° 11 DU 18 MARS 2010

L'article 7 de l'arrêté qui organise les examens dispose :

« La nature, la durée et le coefficient de chacune des épreuves du diplôme de comptabilité et de gestion ainsi que le nombre de crédits européens sont fixés comme suit :

Épreuve n° 3 : Droit social

Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou plusieurs questions.

Durée : 3 heures.

Coefficient : 1

12 crédits européens. »

Que penser d'une telle formulation ?

D'abord, que le contrôle de l'examen est proche de ce que l'on nomme un cas pratique, bien que les termes exacts de l'arrêté soient « situation pratique » et « commentaire de documents ». Sachant que les auteurs des sujets d'examen – et les correcteurs – sont tous des juristes, il faut se référer aux conseils de méthode donnés aux étudiants en droit. Le respect de la méthodologie est très important, car c'est ce qui permet de guider la réflexion de l'étudiant.

Les auteurs des sujets d'examens et les correcteurs s'attendent donc à trouver dans la copie les techniques et méthodes propres aux juristes.

Ensuite, l'épreuve peut porter sur plusieurs situations pratiques. Cette remarque permet de mieux comprendre l'esprit de l'épreuve. Aux questions de cours a certes été préférée l'application de connaissances à une situation pratique, mais les auteurs du décret ont souhaité que le contrôle puisse porter sur plusieurs chapitres du cours pour permettre une vérification de l'ensemble des connaissances du programme. Pas d'impasses donc !

Enfin, l'épreuve peut porter sur un « commentaire de document ». Toutes sortes de documents peuvent évidemment vous être soumis, mais seulement dans le cadre précis d'une consultation juridique demandée à un expert-comptable en droit social ! Ce qui limite en fait à quelques hypothèses ces documents : sachant par exemple que l'immense majorité du contentieux en droit social est relatif au licenciement, vous devez donc être familier avec une lettre de licenciement ou un contrat de travail.

B. LES CONSEILS DE MÉTHODE

Chacune des questions du cas pratique doit être traitée en quatre étapes :

1^{re} étape : Examen des faits

Cette phase est essentielle car une lecture trop rapide du sujet ou de la question posée peut être une source d'échec. Cette première phase permet à l'élève de bien comprendre et de s'approprier les faits. Il est conseillé de présenter une courte synthèse des faits en guise d'introduction.

Une phrase ou deux maximums doivent suffire.

2^e étape : Recherche du problème juridique

L'examen des faits permet de cerner le problème de droit. Cette opération de « traduction » du langage commun en langage juridique doit être visible dans la réponse. Elle permet au correcteur de vérifier les aptitudes du candidat au raisonnement juridique. Elle permet à ce dernier de ne pas faire de hors sujet, et de rechercher le droit applicable à ce problème, et uniquement à ce problème.

Dans la rédaction de la réponse, le problème juridique à traiter peut être présenté sous forme de question.

3^e étape : Présentation de la règle de droit

La présentation du droit applicable doit en effet être limitée à la question posée. Le savoir en dehors du sujet ne fait qu'indisposer le correcteur ! Il s'agit dans cette étape de présenter le droit applicable, la règle légale, la jurisprudence le cas échéant.

Dans la rédaction de la réponse, le candidat peut commencer cette étape par l'expression : « En droit... »

4^e étape : Application au cas d'espèce

Dans cette 4^e phase, il faut enfin appliquer le droit aux faits de l'espèce, et répondre clairement à la question posée. C'est le retour aux faits concrets. Cette réponse doit être donnée en droit, mais aussi, parfois, être complétée en opportunité. Par exemple, si un salarié est très souvent en retard à son travail le matin, en droit, cette faute est une faute sérieuse qui peut parfois justifier un licenciement. En opportunité, il peut être souhaitable de proposer à l'employeur une autre sanction disciplinaire que le licenciement !

Dans la rédaction de la réponse, le candidat peut commencer cette phase par l'expression : « En l'espèce... »

Exercice

ÉNONCÉ

Élodie est salariée depuis quatre ans chez un distributeur de plantes vertes à Rungis (94). Son contrat comporte une clause de mobilité sur la région Centre et Rhône Alpes. Élodie élève seule deux enfants en bas âge qui sont gardés par ses parents. Son employeur l'informe que dans deux mois, elle sera mutée à Lyon, sans donner aucune justification sur cette mutation. Élodie sait que le site de Lyon n'est pas en phase de développement et que l'employeur souhaite la muter car l'entreprise a pour méthode de gestion de ne pas laisser les salariés plus de quatre ans sur le même lieu de travail. Élodie est ennuyée car cette mutation va lui poser de très gros problèmes familiaux et elle pense refuser cette mutation, souhaitant rester sur le site de Rungis. Que pouvez-vous dire à Élodie ?

CORRIGÉ

Synthèse des faits

Une salariée dont le contrat comporte une clause de mobilité doit être mutée à Lyon, mais pour des raisons familiales elle pense refuser cette mutation.

Problème juridique

Quelles sont les conditions d'exécution d'une clause de mobilité ?

Réponse en droit

En droit, la clause de mobilité permet à l'employeur de modifier le lieu de travail du salarié et cela au-delà du même secteur géographique.

La clause doit définir de façon précise sa zone géographique d'application, le périmètre de mutation doit être donné avec précision.

La mise en œuvre de cette clause ne doit pas révéler de la part de l'employeur un abus de droit ou un détournement de pouvoir, l'employeur doit tenir compte de la situation personnelle du salarié. La mutation doit être justifiée par un motif objectif lié à l'intérêt de l'entreprise.

Dès lors que ces conditions sont respectées, le salarié ne peut en principe refuser l'application de la clause.

Réponse en l'espèce

En l'espèce, la clause de mobilité d'Élodie est limitée géographiquement mais sa mutation n'est pas justifiée par un motif lié à l'intérêt de l'entreprise. De plus Élodie a des charges de famille importantes et cette mutation lui poserait d'énormes problèmes familiaux. Élodie est donc fondée à refuser cette mutation et peut contester la mise en application de cette clause de mobilité.

Nous ne saurions trop le répéter : faites les devoirs !

Bonne année universitaire !

PLAN ANNUEL DU COURS

SÉRIE 1

INTRODUCTION AU DROIT SOCIAL

PARTIE 1. LES SOURCES ET L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL

Titre 1. Les règles étatiques et professionnelles

Chapitre 1. Les sources internationales

Chapitre 2. Les sources européennes

Chapitre 3. Les sources internes

Chapitre 4. La hiérarchie entre les sources

Titre 2. Le contrat de travail

Chapitre 1. Le recrutement des salariés

Chapitre 2. Le contrat de travail

Titre 3. L'application des règles de droit

Chapitre 1. Les contrôles de l'application des règles de droit du travail
et de la protection sociale

Chapitre 2. Le contentieux social

Chapitre 3. Les conflits collectifs

SÉRIE 2

PARTIE 2. L'EXERCICE DE LA RELATION DE TRAVAIL

Titre 1. Les conditions de travail

Chapitre 1. La durée et l'aménagement du temps de travail

Chapitre 2. Les congés et absences des salariés

Chapitre 3. La modification du contrat

Chapitre 4. Transfert d'entreprise et maintien du contrat de travail

Chapitre 5. Les obligations relatives à la rémunération du travail

Titre 2. Les pouvoirs de l'employeur et leurs limites

Chapitre 1. Le pouvoir réglementaire de l'employeur

Chapitre 2. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur

Chapitre 3. La protection de la personne au travail

SÉRIE 3

PARTIE 3. LA FIN DU CONTRAT DE TRAVAIL

Titre 1. Le licenciement

Chapitre 1. Le licenciement pour cause personnelle

Chapitre 2. Le licenciement pour cause économique

Chapitre 3. Les suites du licenciement personnel ou économique

Titre 2. Les autres modes de rupture

Chapitre 1. La démission

Chapitre 2. Les autres modes de rupture à l'initiative du salarié

Chapitre 3. La retraite des salariés

Chapitre 4. Le départ négocié

Chapitre 5. La rupture conventionnelle

Chapitre 6. La force majeure

PARTIE 4. LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

Titre 1. Les institutions de représentation

Chapitre 1. Le droit d'expression des salariés

Chapitre 2. Les institutions représentatives des syndicats et du personnel

Titre 2. L'association des salariés aux performances de l'entreprise

Chapitre 1. La participation et l'intéressement

Chapitre 2. Les plans d'épargne entreprise

Titre 3. Le bilan social

Chapitre 1. Les entreprises assujetties

Chapitre 2. Le contenu du bilan social

Chapitre 3. La procédure d'élaboration du bilan social

SÉRIE 4

PARTIE 5. LA PROTECTION CONTRE LES RISQUES ET LA FORMATION

Titre 1. La protection sociale

Chapitre 1. Introduction

Chapitre 2. Les régimes légaux

Chapitre 3. Les régimes complémentaires

Chapitre 4. L'aide sociale

Chapitre 5. L'indemnisation du chômage

Titre 2. Le droit à la formation

Chapitre 1. Les moyens pour accéder à la formation professionnelle

Chapitre 2. Le financement de la formation

INTRODUCTION AU DROIT SOCIAL

Le droit social englobe le domaine des relations de travail proprement dites mais également le domaine de la protection sociale. Le droit du travail est le droit applicable aux relations entre les employeurs de droit privé et les salariés tant sur le plan individuel que collectif. La protection sociale est l'ensemble des mécanismes permettant de sauvegarder les intérêts pécuniaires des personnes lorsqu'elles rencontrent un aléa dans la vie dû à un risque social telle la maladie ou à un risque lié à la perte de l'emploi tel le chômage.

Pour comprendre ce domaine du droit, un rappel historique est essentiel.

Avant la Révolution de 1789, le principal type d'organisation du travail est la corporation. Les corporations sont des organisations aux règles très strictes regroupant tous ceux qui exercent une activité dans un domaine déterminé avec un monopole à l'embauche. Les règles sont très strictes et cette réglementation fera naître des conflits collectifs à la fin du XVIII^e siècle.

Après la Révolution, la liberté d'exercice d'une profession et d'embauche est affirmée. L'employeur et le travailleur définissent librement leurs obligations réciproques ; le contrat est qualifié par le Code civil de « louage de services ».

Au XIX^e siècle, avec le capitalisme naît un droit du travail protecteur (interdiction du travail des enfants de moins de 8 ans, diminution de la journée de travail). Une certaine volonté réformatrice va se manifester avec les concentrations industrielles et les doctrines hostiles au capitalisme.

À la fin du XIX^e siècle, le délit de coalition est supprimé, rendant la grève licite. Les fondements de la législation du travail sont posés : reconnaissance des libertés syndicales, loi sur les accidents du travail, repos hebdomadaire.

La première partie du XX^e siècle est marquée notamment par la rédaction d'un Code du travail à partir de 1910. Après la guerre de 1914, le droit du travail va prendre son essor : la reconnaissance des organisations syndicales : promulgation de la loi sur les conventions collectives.

À partir du front populaire, marqué par de nombreuses conquêtes sociales : congés annuels payés, semaine de 40 heures, le droit social va s'orienter vers une réglementation des rapports collectifs.

La période de la guerre de 1940 marque, avec le régime de Vichy une rupture avec l'époque précédente et vise à rayer les acquis des années 1930. C'est le retour à une doctrine corporatiste, autoritaire : les syndicats sont dissous. Après la guerre, la plus grande partie de cette législation est déclarée nulle.

Durant la deuxième partie du XX^e siècle le droit du travail devient social et économique : réajustement des salaires, création des comités d'entreprise, création de la Sécurité sociale.

À partir de 1968, la présence syndicale est reconnue dans l'entreprise et le droit du travail devient de plus en plus autonome par rapport au droit civil.

Au milieu des années 1970, la crise économique entraîne une précarité de l'emploi. Priorité est donnée à la lutte contre le chômage, combattu en renforçant la protection des salariés notamment en matière de licenciement.

Le rapport Auroux en 1982 marque une étape importante, voulant faire des salariés « des citoyens dans l'entreprise ». Quatre lois dites « Auroux » affirmeront entre autre l'élargissement des attributions des institutions représentatives du personnel, le droit d'expression des salariés et un renforcement de la négociation collective.

Le milieu des années 1980 voit un accroissement du chômage. Les formes d'embauche sont moins contraignantes pour les entreprises, l'autorisation administrative de licencier est supprimée, l'aménagement du temps de travail est facilité.

Malgré cela le chômage augmente, les nombreux plans emplois pour les jeunes ou les personnes en difficulté ont eu peu ou pas d'incidence sur cette courbe ascendante.

Devant le peu d'effet de ces mesures un débat s'ouvre sur la nécessité de rendre plus flexibles les relations de travail et sur un partage du travail notamment sur l'annualisation du temps de travail, le travail à temps partiel ainsi que sur la réduction du temps de travail. Débat qui aboutit à une profonde réforme législative réduisant la durée légale du travail de 39 heures à 35 heures à partir du 1^{er} février 2000 ou du 1^{er} janvier 2002 suivant l'effectif de l'entreprise.

Parallèlement, on assiste à un renforcement du rôle des institutions représentatives du personnel et à un développement de la négociation collective.

Les années 2005 et 2006 sont marquées par une réflexion sur une application plus souple du contrat de travail.

L'année 2008 est marquée par la « flexisécurité » qui est un dosage de souplesse et de sécurité, permettant aux employeurs de ne pas vivre en permanence sous la menace du juge et aux salariés de maîtriser leurs parcours professionnels. « Flexisécurité » traduite dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et la loi sur la modernisation du marché du travail (Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008).

Elle est également marquée par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 sur la démocratie sociale et la durée du travail. D'une part, dans son volet démocratie sociale, ce texte modifie fondamentalement les règles de la représentativité syndicale et du processus électoral. D'autre part, dans son volet durée du travail, elle a pour objectif de faciliter l'allongement du temps de travail mais surtout elle modifie la hiérarchie des normes conventionnelles dans ce domaine : l'accord de branche devenant supplétif de l'accord d'entreprise ou d'établissement.

L'année 2009 est également une année importante de réforme en matière de formation professionnelle.

L'année 2010 quant à elle, est marquée par la loi portant réforme du régime des retraites.

Le droit social est donc un droit relativement jeune qui s'est réellement affirmé dans la seconde moitié du XIX^e siècle. C'est depuis un droit dynamique qui suit les évolutions économiques nationales et internationales, mais aussi un droit divers, qui s'impose à tous pour certaines règles tout en permettant la construction de règles contractuelles dans le cadre variable (national, régional, branche, entreprise, établissement) de la négociation collective. C'est donc un droit complexe.

LES SOURCES ET L'APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT DU TRAVAIL

TITRE 1. LES RÈGLES ÉTATIQUES ET PROFESSIONNELLES

Les principes régissant les relations du travail au sein d'une entreprise et la protection sociale trouvent leurs sources à différents niveaux. Il faut distinguer les sources internationales, européennes et internes.

CHAPITRE 1. LES SOURCES INTERNATIONALES

En 1919, après la Première Guerre mondiale, la Société des Nations a institué par le traité de Versailles l'Organisation internationale du travail (OIT), spécialisée dans les problèmes du travail.

En 1948, après la deuxième guerre mondiale le traité de Londres a créé le Conseil de l'Europe, établi à Strasbourg. Ce conseil a élaboré la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales en 1950 et la charte sociale européenne en 1961. Ce premier texte peut être invoqué dans les litiges relatifs aux relations de travail devant les juridictions nationales et la Cour européenne des Droits de l'Homme veille à son application par les États membres, dont la France. Depuis, la convention de Bruxelles de 1968 et la convention de Rome de 1980 ont organisé les relations internationales de travail, c'est-à-dire la question de la loi applicable et du juge compétent pour les contrats de travail internationaux.

Ce droit international a en effet deux fonctions très différentes.

Soit il cherche à élaborer un droit dit matériel au niveau international car il vise à appliquer des règles uniformes sur le plus grand nombre de territoires nationaux possibles afin de régler les questions relatives au droit social en harmonisant les différents droits nationaux. Par exemple, l'interdiction du travail des enfants.

Soit, en raison de la faiblesse du droit matériel, il cherche non à élaborer des normes internationales applicables sur les territoires nationaux, mais à désigner par des règles dites des conflits de lois, la loi nationale interne applicable à une situation internationale.

EXEMPLE

La convention de Rome permet de savoir si le juge doit appliquer au licenciement en Grande-Bretagne d'un salarié français par un employeur belge le droit français, le droit britannique, le droit belge, ou encore un autre droit.

SECTION 1. LES CONVENTIONS DE L'OIT

L'Organisation internationale du travail, élabore des conventions internationales qui sont adoptées par la conférence générale. Cette dernière composée de délégations tripartites, comprend pour chaque État, des représentants du gouvernement, des organisations syndicales les plus représentatives et des employeurs et salariés.

Après adoption, les conventions sont présentées à la ratification éventuelle des États membres.

Après ratification, les conventions deviennent d'application obligatoire et font partie intégrante de la loi interne. Si la législation antérieure est en contradiction avec la convention ratifiée, les dispositions de cette dernière l'emportent sur la loi. Ces conventions portent sur des problèmes généraux, par exemple la négociation collective, la liberté syndicale ou bien elles concernent des catégories particulières, par exemple les femmes, les jeunes, les marins.

SECTION 2. LES TRAITÉS BILATÉRAUX

Il s'agit de traités conclus entre la France et un autre État, par exemple sur la condition des travailleurs migrants. Ces accords existent essentiellement avec les pays dont les nationaux sont nombreux à travailler en France (États d'Afrique francophone).

SECTION 3. LES CONVENTIONS RÉGLANT LES CONFLITS DE LOIS ET DE JURIDICTION

Aujourd'hui, de nombreux contrats de travail sont internationaux et posent des problèmes en cas de litige quant au juge national compétent et à la loi nationale applicable.

I. LES CONFLITS DE JURIDICTIONS

En cas de litige international de travail, la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale qui est devenue un règlement européen 44/2001 le 22/12/2000 prévoit :

- si l'employeur est le demandeur, il ne peut agir que devant les tribunaux où le salarié est domicilié ;
- si le salarié est demandeur, il a le choix entre les tribunaux de l'État où l'employeur a son domicile (s'il s'agit d'une personne morale, de son siège social) ou celui de l'État où s'exécute le travail de manière habituelle ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le salarié.

EXEMPLE

Un salarié français travaille et est domicilié en Grande-Bretagne, il est licencié par un employeur belge domicilié en Belgique. La convention de Bruxelles permet à ce salarié de contester son licenciement soit devant les juridictions britanniques soit devant les juridictions belges du travail.

II. LES CONFLITS DE LOIS

Un règlement européen du 17 juin 2008, modifiant la convention de Rome du 19 juin 1980, fixe la loi applicable en cas de conflits de lois relatifs aux contrats de travail internationaux.

Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par l'employeur et le salarié.

Même si les parties ont entendu soumettre le contrat de travail à une loi choisie par elles, l'application de cette loi peut être écartée par le juge au profit des dispositions légales du lieu d'exécution habituelle du contrat (ou de la loi du lieu d'embauche si le lieu d'exécution est fluctuant) qui relèvent de l'ordre public national.

Ce choix ne peut toutefois avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives (à savoir, celles auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les règles fixées par le règlement européen).

EXEMPLE

1. Un salarié a été engagé par une société relevant du droit espagnol. Contestant son licenciement, il a saisi le conseil des prud'hommes. L'employeur a alors soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions espagnoles et fait valoir que le contrat de travail était soumis à la loi espagnole, choisie par les parties. Pour la Cour de cassation, c'est bien la loi espagnole qui devait s'appliquer. En effet, le salarié n'était pas privé du droit d'accès au juge.

Dès lors, le délai de procédure, non contraire à l'ordre public international, qui lui était imposé par la loi espagnole pour saisir la juridiction compétente, ne le privait pas de la protection d'une disposition impérative de la loi française (Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 07-44655).

2. Un salarié français travaille et est domicilié en Grande-Bretagne, il est licencié par un employeur belge domicilié en Belgique. Le salarié peut saisir les juridictions belges du travail. Le juge belge devra examiner le contrat de travail pour rechercher s'il existe une clause permettant de choisir la loi applicable au litige. Si une telle clause désigne le droit français, le juge belge doit appliquer le droit français pour régler le litige né en Grande-Bretagne, sauf si le droit français prive le salarié de dispositions impératives favorables au salarié de la loi du pays d'exécution du contrat, c'est-à-dire de la loi britannique.

Selon le règlement européen du 17 juin 2008, à défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays à partir duquel le salarié accomplit habituellement son travail.

Si la loi applicable ne peut pas être déterminée sur la base de ces règles, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le salarié.

CHAPITRE 2. LES SOURCES EUROPÉENNES

Le droit européen se développe rapidement et affecte l'évolution du droit du travail français. Depuis le Traité de Rome en 1957 qui a institué la Communauté économique européenne et le Traité de Maastricht en 1992 qui a transformé cette communauté en Union européenne, un droit social européen s'est développé. Ce droit s'applique directement dans les 27 pays membres et l'unité d'interprétation est assurée par la Cour européenne de justice.

On distingue trois catégories de normes communautaires.

SECTION 1. LES TRAITÉS

Les traités de Rome (1957), Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nice (2000), Lisbonne (2007) et les conventions les complétant se situent au sommet de la hiérarchie. Les autres textes leur sont subordonnés.

Ces traités fixent des objectifs généraux à atteindre, par exemple le traité de Rome a prévu le principe de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

Ces traités ont institué un ordre juridique communautaire, appelé Union européenne qui est à l'origine de sources s'imposant aux États membres.

SECTION 2. LE DROIT COMMUNAUTAIRE DÉRIVÉ

I. LES RÈGLEMENTS

Ce sont des règles qui émanent du Conseil des ministres (qui a un pouvoir de décision), proposées par la commission (qui a un pouvoir d'initiative).

Le Conseil des ministres a pour mission d'assurer la participation des gouvernements des États membres au processus décisionnel de la Communauté.

La commission est un organe supranational, dont les membres sont soustraits à l'autorité des États dont ils sont issus.

Caractéristiques des règlements :

- ils sont de portée générale et s'adressent à une catégorie de personnes envisagée de manière générale et abstraite ;
- ils sont obligatoires dans la totalité de leur contenu, s'imposant aux États et aux individus. Ils ont primauté sur les lois internes ;
- ils s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne des États.

Catégories des règlements :

- le règlement de base est arrêté par le Conseil des ministres qui fixe les règles ;
- le règlement d'exécution est pris pour l'exécution des règlements de base.

EXEMPLE

Un règlement du 12/12/2002 permet aux états membres d'accorder des aides à l'emploi destinées aux chômeurs de longue durée et aux autres travailleurs défavorisés.

II. LES DIRECTIVES

Ce sont des règles qui émanent du Conseil des ministres, proposées par la commission, de portée générale, imposant un objectif à atteindre aux États membres et les laissant maîtres des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir.

Caractéristiques :

- elles sont obligatoires dans le résultat à atteindre ;
- elles laissent aux États la liberté du choix des moyens juridiques pour atteindre les objectifs assignés (loi, règlement, convention collective...);
- elles créent des droits pour les particuliers.

EXEMPLE

Une directive n° 91/533 du 14/10/1991 (JOCE 18/10/91) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, impose la remise d'un écrit à tout salarié, quelle que soit la nature de son contrat dans les deux mois suivant le début du travail. Cet écrit porte sur les éléments essentiels de la relation de travail, par exemple l'identité des parties, la durée du travail. Cette directive a été transposée en droit français par un décret du 31.08.1994 (n° 94-761 JO 02/09/94 p. 12731) précisant que cet écrit n'est pas forcément le contrat de travail. Les obligations de la directive sont remplies si le bulletin de salaire comporte l'intitulé de la convention collective de branche et à défaut il doit comporter les références du Code du travail sur la durée des congés payés et la durée des délais de préavis en cas de cessation de la relation de travail.

III. LES DÉCISIONS

Ce sont des actes individuels, proposés par la commission et adoptés par le Conseil des ministres. Elles sont obligatoires en tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent. Elles peuvent viser un État membre, un particulier, une entreprise.

IV. LES AVIS ET RECOMMANDATIONS

La recommandation est une invitation à adopter tel ou tel comportement. L'avis n'exprime qu'une opinion, un conseil. Ce sont des décisions dépourvues de force obligatoire.

SECTION 3. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE)

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Elle assure une application uniforme du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de la Communauté, par exemple dans les domaines de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

La CJUE peut être saisie soit par les tribunaux nationaux, soit par d'autres organes communautaires. Elle est composée de 27 juges, 8 avocats et un greffier.

La jurisprudence de la CJUE a une grande importance dans l'élaboration et l'interprétation du droit communautaire, notamment dans ses réponses aux questions posées par les juridictions nationales. Elle permet une application harmonisée de ce droit dans les différents États membres.

CHAPITRE 3. LES SOURCES INTERNES

L'élaboration du droit du travail se faisait autrefois de façon unilatérale, les règles régissant ce droit provenant essentiellement de l'autorité étatique.

Depuis un certain nombre d'années, la négociation collective a permis d'instituer un véritable droit bilatéral. Ces différentes règles, qu'elles émanent de l'autorité étatique, d'un accord professionnel ou éventuellement d'un acte unilatéral de l'employeur, constituent les sources internes du droit du travail.

SECTION 1. LES SOURCES ÉTATIQUES

I. LA CONSTITUTION

La Constitution est la loi fondamentale de la Nation qui pose des principes fondamentaux et répartit le domaine de la Loi et du règlement.

A. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS

Le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958, formule un certain nombre de droits : droit au travail, droit syndical, droit à la négociation collective, droit de grève.

Ces droits n'ont pas seulement une valeur pragmatique. Le préambule de la constitution a été reconnu comme ayant valeur de norme positive.

Le droit à obtenir un emploi semble être un principe de droit positif dans la mesure où l'on peut y voir l'origine du droit pour le chômeur à bénéficier d'une indemnisation.

B. LA RÉPARTITION ENTRE LE DOMAINE DE LA LOI (ART. 34) ET DU RÈGLEMENT (ART. 37)

Avant la Constitution du 4 octobre 1958, le législateur fixait souverainement sa compétence et celle du gouvernement. Le texte de 1958 a fixé à chacun ses pouvoirs, son domaine exclusif d'action.

L'article 34 de la Constitution réserve certaines matières au Parlement qui en fixe les règles ou qui en détermine seulement les principes fondamentaux.

Le droit du travail est placé dans cette dernière catégorie. Le législateur ne fait que déterminer les principes du droit du travail (article 34).

L'article 37 précisant que toutes les autres matières, c'est-à-dire l'aménagement des principes, sont du domaine réglementaire, prend son importance en droit social laissant au pouvoir réglementaire (exécutif) une large compétence.

II. LA LOI

La loi est une règle écrite, générale et permanente votée par le Parlement (article 34).

La loi résulte d'un projet de loi, préparé par le gouvernement, ou d'une proposition de loi déposée par un membre de l'Assemblée nationale ou du Sénat.

III. LES RÈGLEMENTS

Les règlements sont des actes de portée générale pris par les autorités exécutives compétentes.

L'autorité gouvernementale dispose d'une compétence de droit commun dans le cadre de l'art. 37 et peut prendre deux types de règlements :

- dans les matières autres que celles de l'article 34 (celles ne relevant pas de la loi), des règlements autonomes qui peuvent valablement modifier ou abroger une loi. Ce sont donc des règlements qui sont subordonnés à la constitution et aux principes généraux du droit mais non à la loi ;
- dans les matières de l'article 34, des règlements (décrets) d'application des lois qui restent subordonnés à la loi et qui sont destinés à assurer l'exécution d'une loi :
 - décrets en Conseil d'État lorsque la loi charge le gouvernement de prendre un décret pour compléter dans le détail les modalités d'application de la loi après consultation du Conseil d'État,
 - décrets simples lorsque le gouvernement décide d'appliquer lui-même la loi dans le cadre de sa mission d'exécution des lois.

IV. LES ORDONNANCES

Les ordonnances sont des actes faits par le Gouvernement, avec autorisation du Parlement dans les matières qui sont du domaine de la loi (article 38).

Le gouvernement peut, pour exécuter son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances (en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État) pendant une durée limitée des mesures qui sont normalement du domaine législatif. Il s'agit d'une délégation du pouvoir législatif au pouvoir exécutif.

À défaut de ratification dans le délai imparti par la loi d'habilitation, les ordonnances ont valeur réglementaire.

V. LES ARRÊTÉS ET LES CIRCULAIRES

Les arrêtés sont des actes normatifs réglementaires pris par les ministres dans le cadre de leurs attributions d'exécution d'une loi ou d'un décret.

Les circulaires sont des instructions et des explications de services écrites adressées par une autorité supérieure, par exemple un ministre, destinées aux fonctionnaires, afin de guider ceux-ci dans l'application des lois et règlements. Elles sont en principe dépourvues de valeur réglementaire. En droit du travail, elles sont très nombreuses.

VI. LE CODE DU TRAVAIL

Les Codes regroupent un ensemble de textes faisant partie d'une même branche du droit, par exemple le Code du travail, le Code civil, le Code pénal.

La plus grande partie des lois et décrets intervenus en droit du travail est regroupée dans le Code du travail.

Un nouveau code a été mis en place le 1^{er} mai 2008, le précédent datait de 1973. Ce nouveau code est en principe plus lisible, supprime des mesures devenues obsolètes.

Les articles de lois sont précédés de la lettre L, les articles résultant de décrets en Conseil d'État de la lettre R et ceux résultant de décrets simples de la lettre D.

Le Code du travail est divisé en huit parties.

Certains textes doivent être recherchés dans d'autres codes, par exemple le Code civil pour les délais de prescription, le Code rural pour le travail agricole.

VII. LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence est l'ensemble des décisions des tribunaux rendues sur des questions de droit.

Son influence sur la création des règles juridiques est capitale en droit social où les conflits collectifs et individuels sont nombreux.

Les différents textes ou sources applicables en cette matière peuvent donner lieu à interprétation ou tout simplement ne pas avoir fixé avec précision certains points. Par exemple, les règles relatives au droit de grève, domaine où la loi est quasiment muette, ont été définies par la jurisprudence de la Cour de cassation.

La jurisprudence dans certains domaines a même été à l'origine de nouvelles règles législatives. Le droit à réintégration des salariés protégés (délégué syndical, délégué du personnel, membre du comité d'entreprise) reconnu et établi par la jurisprudence en cas de licenciement irrégulier a été consacré par le législateur (loi du 28 octobre 1982).

La jurisprudence est revêtue d'une autorité importante mais ce n'est pas une règle de droit. Toutes les décisions des tribunaux n'ont pas la même autorité, une hiérarchie doit être établie entre elles, hiérarchie correspondant à celle des tribunaux. Au sommet se trouvent l'assemblée plénière de la Cour de cassation et le Conseil d'État. Hiérarchie entre les décisions notamment au niveau des arrêts de la Cour de cassation : les arrêts de principe tranchant des questions de droit controversées, donnant une solution générale applicable à d'autres espèces ont une autorité supérieure aux arrêts d'espèce qui n'abordent pas en termes généraux les questions de droit et qui sont limités à une situation précise.

La jurisprudence évolue, les magistrats libres de leurs jugements peuvent décider de changement et d'évolution, opérant ainsi des revirements de jurisprudence qui modifient leur interprétation du droit.

Par exemple, la clause de non-concurrence qui est une clause insérée dans un contrat de travail ou dans un avenant visant à interdire à un salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'exercer une activité portant préjudice à son ancien employeur. Avant le 10 juillet 2002, cette clause devait être limitée dans le temps, l'espace, devait tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et être justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Par une série d'arrêts de la Cour de cassation en date du 10 juillet 2002, celle-ci a décidé de subordonner la validité de la clause de non-concurrence à l'existence d'une contrepartie financière les conditions de validité de la clause sont cumulatives. À défaut, la clause est nulle.

SECTION 2. LES SOURCES NON ÉTATIQUES OU PROFESSIONNELLES

I. LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

La négociation collective est l'ensemble des discussions entre les représentants des employeurs ou des organisations professionnelles d'une part, et des syndicats de salariés d'autre part, en vue de conclure des accords ou conventions collectives portant sur les conditions d'emploi, de garanties sociales et de formation professionnelle des salariés.

A. LE DROIT À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

Le droit à la négociation collective s'appuie sur un principe constitutionnel issu du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel :

« Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail. »

À la fin du XIX^e siècle, un certain nombre de textes était négocié pour mettre fin à des grèves, notamment dans les mines.

Dès le début du XX^e siècle plusieurs ont voulu donner un statut légal aux conventions collectives. Depuis la loi du 13 nov. 1982 (JO du 14/11/1982), le droit n'est plus *stricto sensu* celui des conventions collectives mais celui plus généralement de la négociation collective (art. L. 2221-1 du Code du travail).

Ce texte de loi ayant un double objectif :

- la négociation collective doit être la règle normale de la vie professionnelle au sein des branches et des entreprises ;
- il faut s'efforcer qu'à l'avenir tout salarié puisse bénéficier d'une couverture conventionnelle, tout en évitant un émiettement excessif de celle-ci (circulaire ministérielle du 25 octobre 1983).

La loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007 (JO du 01/02/07) prévoit que tout projet de réforme envisagé par le gouvernement portant sur les relations individuelles et collectives du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les partenaires sociaux au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une négociation.

1. Les différents textes négociés

Ce droit, source essentielle en pleine expansion, se manifeste par la négociation et la conclusion d'actes écrits entre les partenaires sociaux (employeurs et salariés).

La loi distingue la convention collective de l'accord collectif :

- La convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de travail, de garanties sociales et de formation professionnelle.
- L'accord collectif ne traite qu'un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble (art. L. 2221-2 du Code du travail), par exemple la négociation des salaires.
- Les conventions et accords peuvent faire l'objet d'avenants qui modifient, révisent ou complètent les textes antérieurs.

2. Le champ d'application

La négociation collective se situe à des niveaux différents tant dans le champ professionnel que dans le champ géographique :

- Au niveau professionnel, depuis la loi du 13 novembre 1982, le champ d'application doit être défini en termes d'activités économiques, par exemple le commerce de gros. La négociation peut être interprofessionnelle et couvrir l'ensemble des branches d'activités, par exemple l'accord du 3 juillet 1991 sur la formation professionnelle des adultes.

Certains textes régissent des métiers, par exemple la convention collective des journalistes.

- La négociation peut également se faire au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. La loi relative au dialogue social du 4 mai 2004 crée un nouveau type de conventions et d'accords collectifs négociés au niveau du groupe.
- Au niveau géographique, conventions et accords peuvent s'appliquer au niveau national, régional, départemental, local et même au sein d'une entreprise ou d'un établissement de l'entreprise.

B. LES DISPOSITIONS COMMUNES AUX CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS

1. La négociation, la conclusion des textes

Les parties habilitées à négocier et à conclure :

- du côté patronal, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs (associations), ainsi qu'un ou plusieurs employeurs pris individuellement (art. L. 2231-1 et L. 2231-3 du Code du travail) ;
- du côté salarial, un quasi-monopole est reconnu aux organisations syndicales représentatives ;
- la Loi portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail (Loi n° 2008-789 du 20 août 2008, JO 21 août) a profondément modifié la notion de représentativité (art. L. 2122-1 à L. 2122-3 du Code du travail).

La représentativité syndicale est mesurée à partir des critères cumulatifs suivants :

- effectifs d'adhérents et cotisations ;
- transparence financière ;
- indépendance ;
- respect des valeurs républicaines ;
- influence caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation et appréciée à compter du dépôt légal des statuts ;
- audience électorale.

Le critère de l'audience électorale est prédominant.

Désormais, un syndicat ne peut être considéré comme représentatif en dessous d'un certain seuil d'audience qui diffère selon le niveau en jeu.

Sont considérées représentatives au niveau du groupe, de l'entreprise ou de l'établissement, les organisations syndicales ayant recueilli au moins 10 % des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au CE ou de la délégation unique ou, à défaut, des délégués du personnel.

La représentativité peut être remise en cause à chaque élection et aucun quorum n'est exigé.

Sont considérées représentatives au niveau des branches, les organisations syndicales ayant recueilli au moins 8 % des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires du CE ou de la délégation unique ou, à défaut, des délégués du personnel, additionnés au niveau de la branche.

La mesure de l'audience se fait tous les quatre ans.

La première mesure de l'audience doit être réalisée au plus tard cinq ans après la publication de la loi portant rénovation de la démocratie sociale, soit au plus tard le 21 août 2013.

Sont considérées représentatives au niveau national interprofessionnel, les organisations syndicales représentatives à la fois dans des branches de l'industrie, de la construction, du commerce et des services et ayant recueilli au niveau national au moins 8 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections dans les entreprises.

Ce seuil de 8 % est calculé tous les quatre ans.

Le ministère du Travail a communiqué, le 29 mars 2013, l'audience électorale des syndicats au niveau national interprofessionnel : CGT (26,77 %), CFDT (26,00 %), CGT-FO (15,94 %), CFE-CGC (9,43 %), CFTC (9,30 %). Ces cinq confédérations sont représentatives pour quatre ans.

La loi portant rénovation de la démocratie sociale et du temps de travail privilégie toujours la négociation avec les syndicats. Elle prévoit que dès lors qu'un délégué syndical au moins est désigné dans une entreprise ou un établissement, la négociation collective doit se dérouler avec cet interlocuteur.

Mais elle élargit le cadre de la négociation collective avec les salariés élus ou mandatés ainsi qu'avec le représentant de la section syndicale dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et cela depuis le 1^{er} janvier 2010 :

- Négociation possible avec les représentants élus dans les entreprises de moins de 200 salariés où aucun délégué syndical n'a été désigné (art. L. 2232-21 du Code du travail).
- Négociation possible avec les salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical et de représentants élus (nécessité d'un procès-verbal de carence) (art. L. 2232-24 du Code du travail).
- Négociation possible avec le représentant de la section syndicale, entre deux élections, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical. Le RSS doit être désigné par une organisation syndicale affiliée à une organisation syndicale représentative aux niveaux national et interprofessionnel. Pour cela, il doit être mandaté par son organisation syndicale à négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement (art. L. 2143-23 du Code du travail).

Cette possibilité de négociation dérogatoire est réservée aux entreprises qui n'ont aucun autre moyen de conclure un accord collectif. Depuis le 1^{er} janvier 2010, cette situation concerne les entreprises qui satisfont à quatre conditions cumulatives : employer 200 salariés et plus, ne pas avoir de délégué syndical, être dotées de représentants élus du personnel et ne pas être couvertes par un accord de branche étendu permettant de négocier avec les représentants élus du personnel ou avec un salarié mandaté.

2. L'entrée en vigueur des textes

L'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord est soumise à un certain nombre de règles (art. L. 2232-1, L. 2232-6, L. 2232-12, L. 2232-13, L. 2232-14 et L. 2232-18 du Code du travail).

La validité des accords collectifs est soumise à deux conditions cumulatives :

- la signature par un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli au moins 30 % des suffrages aux élections professionnelles dans le champ d'application de la négociation ;
- l'absence d'opposition d'un ou plusieurs syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages aux mêmes élections (50 %).

En ce qui concerne les accords d'entreprise ou d'établissement si les résultats des dernières élections n'ont pas permis de déterminer les syndicats majoritaires (absence de candidat ou scrutin non dépouillé compte tenu du quorum non atteint), un accord peut néanmoins être signé, depuis le 13 mai 2009, avec un ou plusieurs délégués syndicaux mais il devra être soumis au vote des salariés.

En effet, la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009 prévoit que, en cas de carence au 1^{er} tour des élections professionnelles ou d'absence de dépouillement du 1^{er} tour des élections, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec un ou plusieurs délégués syndicaux est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

La Cour de cassation a précisé que, dans l'hypothèse d'une absence de quorum au premier tour des élections professionnelles antérieurement au 21 août 2008, la validité des accords d'entreprise ou d'établissement n'est subordonnée à l'approbation des salariés que lorsque le scrutin n'a pas donné lieu à dépouillement. La Cour refuse en effet d'assimiler le défaut de quorum à une carence (Cass. soc., 16 nov. 2011, n° 09-68.427, n° 2425 FS – P + B).

3. La forme et la publicité

Les conventions, accords et avenants doivent être à peine de nullité formalisée par un écrit (art. L. 2231-3 du Code du travail). Ils doivent faire l'objet d'un dépôt par la partie la plus diligente auprès :

- des services centraux du ministre chargé du travail s'agissant des conventions de branche et des accords professionnels et interprofessionnels ;
- de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) s'agissant des conventions et accords collectifs d'entreprise ou d'établissement.

Le dépôt doit être effectué en deux exemplaires dont une version sur support papier signée des parties et une version sur support électronique (art. L. 2231-6 et D. 2231-2 du Code du travail).

Un exemplaire est remis au greffe du conseil des prud'hommes (art. L. 2262-8 du Code du travail).

Un avis de l'existence de ces textes doit être affiché dans les établissements soumis à leur application ainsi que le lieu où ils sont tenus à la disposition du personnel. Un exemplaire des textes doit être fourni par l'employeur au comité d'entreprise, le cas échéant aux comités d'établissement ainsi qu'aux délégués du personnel et délégués syndicaux ou aux salariés mandatés. (art. L. 2231-6 du Code du travail). Il doit le mettre sur l'intranet de l'entreprise si celle-ci en dispose.

Les accords de branche doivent définir les conditions d'information des salariés et des représentants du personnel sur le droit conventionnel applicable dans l'entreprise. À défaut d'accord de branche étendu, l'employeur doit, au moment de l'embauche, fournir une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'entreprise.

4. Le contenu

Les conventions et accords collectifs ont vocation à traiter des conditions d'emploi, de travail, des garanties sociales et de la formation professionnelle des salariés, les parties en déterminent librement le contenu. Certaines clauses sont obligatoires :

- la détermination du champ territorial et professionnel (art. L. 2222-1 du Code du travail) ;
- une clause prévoyant dans quelle forme et à quelle époque les textes pourront être renouvelés ou révisés (art. L. 2222-5 et L. 2222-6 du Code du travail) ;
- une clause sur la dénonciation de l'accord et la durée du préavis précédant la dénonciation.

5. La durée

Les conventions ou accords collectifs peuvent être à durée déterminée ou durée indéterminée (art. L. 2222-4 du Code du travail) :

- les textes conclus pour une durée déterminée ne peuvent être supérieurs à cinq ans, le Code du travail ne prévoit pas la possibilité de les dénoncer et précise qu'à défaut de stipulations contraires, arrivés à expiration ils continuent à produire effet comme des textes à durée indéterminée ;
- les textes conclus pour une durée indéterminée : les conventions et accords ont besoin de stabilité aussi les parties signataires optent-elles fréquemment pour ce type de textes.

6. La révision des conventions et accords collectifs

La révision consiste à modifier une ou plusieurs clauses des conventions ou accords collectifs. En principe, conventions et accords prévoient la procédure et les conditions de la révision. À défaut, on applique les articles L. 2222-5, L. 2261-7 et L. 2261-8 du Code du travail : le droit de signer la révision est réservé aux signataires et aux adhérents du texte initial (ou y ayant adhéré). Mais il n'est pas exigé que tous les signataires de l'accord initial signent l'avenant de révision.

Il en résulte qu'un avenant de révision signé uniquement par des organisations syndicales qui ne sont ni signataires ni adhérentes à l'accord de base est nul (Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-40.256).

Les règles de révision des accords sont adaptées aux nouvelles conditions de validité des accords collectifs. Ainsi les avenants de révision doivent être conclus conformément aux nouvelles règles de conclusion des conventions et accords collectifs de travail.

L'avenant se substitue de plein droit aux clauses conventionnelles qu'il modifie et est opposable à l'ensemble des salariés et des employeurs liés par le texte initial.

7. La dénonciation des conventions et accords collectifs

Conventions et accords collectifs à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires (art. L. 2261-9 du Code du travail).

Seules les parties signataires sont habilitées à dénoncer un accord. La dénonciation ne produit pleinement ses effets que si elle émane de la totalité des signataires employeurs ou de la totalité des syndicats signataires (art. L. 2261-10 et L. 2261-11 du Code du travail).

Si certains syndicats perdent leur statut de syndicat représentatif, ils ne peuvent plus dénoncer un accord qu'ils ont signé. Les syndicats signataires toujours représentatifs peuvent malgré tout dénoncer l'accord en question (même si, par hypothèse, la dénonciation n'émane plus de la totalité des syndicats signataires), mais à condition qu'ils totalisent au moins la majorité des suffrages aux dernières élections professionnelles (art. L. 2261-10 du Code du travail).

Dans cette hypothèse, la dénonciation n'est effective que si elle émane d'une ou plusieurs organisations syndicales qui, non seulement doivent être représentatives, mais au surplus doivent avoir recueilli la majorité des suffrages exprimés aux élections. En revanche, ces organisations ne sont pas nécessairement signataires de l'accord dénoncé.

Lorsque l'employeur envisage de dénoncer un accord, il doit consulter préalablement le comité d'entreprise (Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40273 FSPBR).

L'auteur de la dénonciation doit la signifier aux autres signataires et en faire dépôt auprès de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) et au greffe du conseil des prud'hommes. Ce dépôt fixe le point de départ du préavis de dénonciation qui, à défaut de stipulation expresse, est fixé à trois mois par le Code du travail. La dénonciation ne prend effet qu'à la fin du préavis et les problèmes soulevés par la dénonciation sont complexes.

En cas de dénonciation par la totalité des signataires employeurs ou salariés, le texte produit effet jusqu'à l'entrée en vigueur du texte qui lui est substitué ou à défaut un an après l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure (art. L. 2261-10 du Code du travail).

Le Code prévoit qu'une nouvelle négociation doit s'engager à la demande d'une partie intéressée dans les trois mois qui suivent la dénonciation (art. L. 2261-10 du Code du travail).

En l'absence de conclusion d'un nouveau texte dans le délai d'un an, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels acquis en application du texte dénoncé (art. L. 2261-13 du Code du travail).

Les avantages individuels acquis sont des droits déjà ouverts, des éléments tels le salaire, les congés et primes d'ancienneté qui sont intégrés au contrat individuel et qui ont été acquis, utilisés ou perçus par le salarié.

Les avantages collectifs sont des droits ayant un caractère général et éventuellement virtuel parce qu'ils ne sont pas systématiquement utilisés ou en tout cas pas encore, par exemple les indemnités de licenciement, la durée du travail (Ministre du Travail JO débats AN 11/06/82 p. 3218).

En application de ces principes, des différences de traitement peuvent apparaître dans l'entreprise entre les salariés embauchés avant ou après la dénonciation.

En cas de nouveau texte, celui-ci peut prévoir une clause de maintien des avantages acquis sous l'ancien texte. Les avantages de l'ancien et du nouveau texte ne peuvent se cumuler s'ils ont le même objet par contre ils s'ajoutent s'ils n'ont pas le même objet, par exemple peuvent se cumuler une rémunération plus importante prévue par la nouvelle convention compensant la suppression de la prime d'ancienneté prévue par l'ancienne convention et cette même prime au titre des avantages acquis.

En cas de dénonciation par une partie signataire, le texte cesse de lier la partie dénonciatrice mais continue de s'appliquer aux autres signataires. À l'égard de la partie dénonciatrice, il produit effet jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau texte ou pendant un an à compter de l'expiration du délai de préavis (art. L. 2261-11 du Code du travail).

8. La modification de la situation juridique de l'employeur

En cas de modification de la situation juridique de l'employeur, notamment par fusion, cession, scission, ou d'un changement d'activité, deux situations peuvent se présenter :

- L'entreprise qui poursuit ou reprend l'activité est soumise à la même convention collective que la société à laquelle appartenait le salarié. Le salarié demeure soumis aux mêmes dispositions conventionnelles.
- L'entreprise qui poursuit ou reprend l'activité est soumise à une convention collective différente, voire n'est soumise à aucune convention collective. Dans ce cas, l'application de la convention collective dont relevait le salarié est mise en cause.

L'article L. 2261-14 du Code du travail prévoit qu'en cas de remise en cause d'un texte dans une entreprise déterminée en raison d'une fusion d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité :

- le texte continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur du texte qui lui est substitué ;
- à défaut un an à compter de la fin du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure ;
- à défaut d'un nouveau texte, les avantages individuels acquis sont conservés.

Le statut collectif n'est pas obligatoirement transféré, le nouvel employeur n'est pas tenu par les accords conclus entre l'ancien employeur et les syndicats de l'entreprise.

La mise en cause du texte résulte d'une des situations prévues par le texte, il n'y a donc pas besoin de dénonciation. Dans les trois mois qui suivent cette mise en cause, une négociation doit s'engager soit pour adapter le texte ancien aux nouvelles dispositions conventionnelles applicables, soit pour élaborer un nouveau texte.

C. LES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS DE BRANCHE

Il s'agit de textes portant réglementation des conditions de travail dans une branche d'activité, par exemple les assurances.

Des dispositions particulières concernant la négociation et l'application des textes s'appliquent aux conventions et accords de branche et viennent compléter les dispositions communes aux conventions et accords collectifs.

1. La négociation

La loi du 13 novembre 1982 (art. L. 2241-1, L. 2241-2, L. 2241-3, L. 2241-4, L. 2241-5, L. 2241-7 et L. 2241-8 du Code du travail) fait obligation aux organisations qui sont liées par une convention de branche (ou à défaut par des accords professionnels) de négocier chaque année sur les salaires, tous les trois ans sur les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et au moins une fois tous les cinq ans sur les classifications. L'initiative de la négociation peut émaner des organisations de salariés comme de celles des employeurs.

La loi sur la formation professionnelle et le dialogue social (mai 2004) prévoit une obligation de négocier tous les trois ans sur la formation professionnelle et l'apprentissage (art. L. 2241-6 du Code du travail).

La loi de cohésion sociale (janvier 2005) prévoit une négociation tous les trois ans sur la gestion prévisionnelle des emplois et les compétences ainsi que sur l'insertion et l'emploi des travailleurs handicapés (art. L. 2241-4 du Code du travail).

Cette négociation triennale de branche doit désormais également porter sur l'emploi des salariés âgés, par l'anticipation des carrières professionnelles et la formation professionnelle (loi n° 2008-1330, 17 déc. 2008).

La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale prévoit désormais que lorsque la représentativité des organisations syndicales est établie, celles-ci fixent la liste des sujets qui font l'objet de la négociation collective de branche en lien avec les organisations d'employeurs. Ces dispositions ne remettent pas en cause les obligations de négociation prévues au niveau de la branche.

Il s'agit d'une obligation de négocier mais pas d'une obligation de conclure, un résultat n'étant pas obligatoire.

2. L'application des textes

La question essentielle est de savoir quelles entreprises doivent appliquer conventions, accords et avenants collectifs. Il faut distinguer conventions, accords et avenants ordinaires et conventions, accords et avenants étendus et élargis.

a. Les conventions, accords et avenants collectifs ordinaires

Ce sont des textes qui lient les entreprises répondant à un certain nombre de critères :

- critères d'adhésion : les employeurs signataires de ces textes, les employeurs adhérents des organisations ou groupements signataires des textes, les employeurs ayant appliqué volontairement ces textes sont liés par ceux-ci et doivent les appliquer ;
- critère géographique : l'entreprise doit être située dans le champ d'application géographique du texte (par exemple la région, le département) ;
- critère économique : l'activité économique de l'entreprise doit correspondre à celle définie par le texte négocié.

La branche d'activité à laquelle se rattache une entreprise, en principe, est déterminée par référence à la nomenclature d'activités professionnelles des entreprises et établissements définie par l'INSEE. Celui-ci attribue un numéro de code à chaque entreprise correspondant à son activité principale (code APE : Activité principale exercée) à fins de statistiques. Ce numéro est indiqué sur le bulletin de salaire. Cette référence est le plus souvent utilisée pour rechercher le texte applicable mais elle n'a valeur que de présomption simple, le classement de l'INSEE n'exclut pas la recherche de l'activité réelle de l'entreprise.

La détermination de l'activité réelle économique de l'entreprise correspondant au champ d'application d'une convention ou d'un accord collectif pose essentiellement des problèmes en cas d'entreprises ayant plusieurs activités.

En cas d'activités diverses exercées au sein d'une seule entreprise, il y a application du texte correspondant à l'activité principale. Par exemple, une entreprise fabriquant des vêtements de protection enduits d'une couche plastifiante ne peut être rattachée à la convention des industries chimiques, l'enduction n'étant qu'un élément dans l'élaboration du produit.

La loi sur la formation professionnelle et le dialogue social (mai 2004) prévoit que les conventions collectives peuvent comporter une clause d'option en cas de concours d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement à un champ conventionnel.

En cas d'activités diverses exercées au sein d'établissements distincts géographiquement et ayant un personnel propre, il y a application des textes correspondant à l'activité propre de chaque établissement par exemple une entreprise spécialisée dans la livraison de produits secs mais ayant un établissement distinct spécialisé dans la poissonnerie. La convention collective du commerce de gros s'applique à l'entreprise et celle de la poissonnerie à l'établissement.

b. Les conventions et accords collectifs étendus ou élargis

Les conventions, accords ou avenants étendus sont des textes d'application obligatoire pour tous les salariés et employeurs qui sont compris dans leur champ d'application (art. L. 2261-19 et L. 2261-20 du Code du travail) que ceux-ci soient signataires ou non des textes, qu'ils soient adhérents ou non d'une organisation syndicale signataire.

Seuls les conventions de branche, les accords professionnels ou interprofessionnels, les avenants ou annexes aux textes étendus peuvent être étendus.

Pour pouvoir être étendus, les textes doivent répondre à certaines conditions :

- avoir été négociés et conclus en commission, composée des représentants des organisations syndicales patronales et salariés représentatives dans le champ d'application considéré ;
- avoir en principe été signés par la totalité des organisations les plus représentatives intéressées (le ministre du Travail peut après avis favorable de la commission nationale de la négociation collective étendre un texte non signé par la totalité des organisations représentatives) ;
- comporter toutes les clauses obligatoires concernant les relations collectives et individuelles du travail, par exemple l'exercice du droit syndical, l'égalité de traitement entre salariés ;
- couvrir l'ensemble des catégories professionnelles de la branche ;
- contenir des dispositions concernant le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions ;
- contenir les conditions d'exercice des mandats de négociation et de représentation au niveau de la branche.

L'extension est prononcée par le ministre du Travail après avis motivé de la commission nationale de la négociation collective.

L'arrêté d'extension est publié au Journal officiel. La publication de l'arrêté rend obligatoire l'accord ou la convention à tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application.

EXEMPLE

Un accord concernant la formation professionnelle dans les assurances est étendu. À partir de l'arrêté d'extension, tous les employeurs exerçant une activité entrant dans le champ d'application de l'assurance doivent appliquer les dispositions du texte étendu qu'ils soient membres ou non des organisations signataires.

c. Les conventions, accords et avenants élargis

Les conventions, accords ou avenants élargis sont des textes d'application obligatoire dans un secteur d'activité ou un secteur territorial dans lequel les partenaires sociaux n'ont pas conclu de texte négocié ; par exemple : application dans les Côtes-d'Armor d'une convention applicable dans le Finistère.

Seule une convention étendue peut être élargie. Pour qu'il y ait extension, il faut qu'il y ait absence ou carence des partenaires sociaux rendant impossible la conclusion de texte dans la branche d'activité ou le secteur territorial ou la mise à jour de celui-ci. De plus les conditions économiques entre les secteurs doivent être analogues (art. L. 2261-17 du Code du travail).

La procédure d'élargissement est la même que celle de l'extension.

D. LES CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS D'ENTREPRISE

La possibilité de négocier au sein de l'entreprise ou de l'établissement est un principe fondamental en droit du travail.

La demande de négociation peut provenir de l'employeur ou des syndicats.

L'employeur doit inviter les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise à négocier. Celles-ci désignent les délégations syndicales à la négociation (délégués syndicaux et éventuellement d'autres salariés de l'entreprise).

En l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, la loi du 12/11/96 (JO 13/11/96) permet dès lors qu'un accord de branche le précise une négociation avec les représentants élus du personnel (membres du comité d'entreprise, délégués du personnel) sur des thèmes fixés par les accords de branche ainsi qu'une négociation avec un ou plusieurs salariés de l'entreprise mandatés par des syndicats représentatifs sur des sujets précis, par exemple la réduction du temps de travail.

La loi de mai 2004 sur le dialogue social généralise et élargit la possibilité de négocier.

Les conventions ou accords de branche peuvent prévoir :

- dans les entreprises de moins de 50 salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou de délégués du personnel faisant fonction de délégués syndicaux, les représentants du personnel élus au comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, peuvent négocier des accords collectifs (ces accords devront être validés par une commission paritaire de branche) ;
- dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux et en cas de carence des institutions représentatives du personnel, des accords d'entreprise peuvent être conclus par un ou plusieurs salariés expressément mandatés pour une négociation déterminée, par une ou plusieurs organisations syndicales reconnues représentatives au plan national (l'accord devra avoir fait l'objet d'une approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés).

Depuis le 1^{er} janvier 2010, même en l'absence d'accord de branche étendue, des accords collectifs peuvent être conclus avec les élus dans les entreprises de moins de 200 salariés, avec les salariés mandatés dans les entreprises n'ayant aucun représentant élu et sous certaines conditions avec le représentant de la section syndicale dans les entreprises de 200 salariés et plus (voir B. 1 ci-avant).

Le champ de la négociation d'entreprise est très vaste. Celle-ci peut porter sur des questions tout à fait nouvelles et élaborer un statut collectif du personnel. Elle peut également porter sur des clauses déjà insérées dans une convention de branche, un accord professionnel ou d'entreprise, en adapter les dispositions à l'entreprise ou les améliorer.

Cette négociation est libre.

Dans certains cas, la négociation est obligatoire. Chaque année, dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur doit engager une négociation sur les salaires effectifs, la durée effective du travail (par exemple temps de travail), l'organisation du travail (par exemple les horaires, l'égalité professionnelle), la prévoyance, en l'absence d'un tel régime (art. L. 1142-5, L. 2242-1, L. 2242-5, L. 2242-8, L. 2242-9, L. 2242-11, L. 2242-12, L. 2242-13, L. 2242-14, L. 2242-19 et L. 3345-1 du Code du travail).

Cette négociation doit être l'occasion d'un examen de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, de la formation professionnelle et de la réduction éventuelle du temps de travail.

La loi de cohésion sociale (janvier 2005) instaure une nouvelle obligation de négocier tous les trois ans, relative à la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires. Ceci s'applique aux entreprises et groupes d'entreprises occupant au moins 300 salariés et aux entreprises et groupes de dimension communautaire.

La loi du 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes oblige à négocier chaque année sur les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre hommes et femmes.

Cette négociation annuelle doit systématiquement aborder la réduction des écarts de salaire femmes-hommes (loi du 9 novembre 2010).

Depuis le 1^{er} janvier 2012, les entreprises d'au moins 50 salariés qui ne sont couvertes ni par un accord sur l'égalité professionnelle ni, à défaut, par un plan d'action en faveur de l'égalité acquittent une pénalité financière.

La négociation aboutit soit à un accord, soit à un procès-verbal de désaccord. Il y a obligation de négocier mais pas obligation de conclure.

En cas d'accord, le document signé est soumis aux règles de fond, de forme et de publicité des accords et conventions collectives.

Négociations obligatoires sur l'emploi des seniors

Les entreprises qui emploient au moins 50 salariés ou qui appartiennent à un groupe dont l'effectif est au moins de 50 salariés avaient une obligation de négocier et de conclure un accord (ou de prévoir un plan d'actions à défaut d'accord) avant le 1^{er} janvier 2010 (ou 1^{er} avril 2010 pour certaines entreprises), sur l'emploi des seniors. Cette nouvelle obligation est sanctionnée par une pénalité financière.

L'accord sur l'emploi des salariés âgés est conclu pour une durée maximale de trois ans. Il comporte :

- un objectif chiffré de maintien dans l'emploi ou de recrutement des salariés âgés ;
- des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur au moins trois domaines d'action et auxquelles sont associés des indicateurs chiffrés, par exemple, aménagement des fins de carrière, transmission des savoirs, etc. ;
- des modalités de suivi de la mise en œuvre de ces dispositions et de la réalisation de cet objectif (art. L. 138-25 du CSS).

En l'absence d'accord d'entreprise ou de groupe, un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés peut être élaboré au niveau de l'entreprise ou du groupe. Ce plan doit répondre aux mêmes conditions de contenu et de durée que l'accord collectif et être soumis à l'avis préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

Cette négociation est remplacée par l'obligation de négocier un accord collectif d'entreprise, à défaut établir un plan d'action ou, à défaut, appliquer un accord de branche étendu (pour une durée de 3 ans maximum) comportant des engagements en faveur de l'insertion durable des jeunes, de l'emploi des salariés âgés et de la transmission de savoir des compétences.

Les entreprises de 300 salariés et plus (ainsi que celles de moins de 300 salariés appartenant à un groupe de 300 salariés et plus) étant, à défaut, redevables d'une pénalité.

La loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites prévoit une obligation de négocier sur la prévention de la pénibilité.

II. LES USAGES, LES ACCORDS ATYPIQUES ET LES ENGAGEMENTS UNILATÉRAUX

A. LES USAGES

L'usage est un mode informel de création du droit résultant d'une habitude suivie et pratiquée de longue date dans une région, dans une profession ou dans une entreprise.

1. Les usages dans une région ou une profession

Il s'agit d'habitudes suivies localement et qui sont en déclin, très souvent conventions et accords collectifs les intègrent dans leurs textes. Par exemple, il peut s'agir de congés supplémentaires, de primes. Ces avantages ont souvent été fixés par les usages locaux et professionnels et entérinés par les conventions collectives.

En principe, ils s'imposent aux employeurs à moins qu'ils ne soient supplétifs, c'est-à-dire ne devant s'appliquer qu'à défaut de stipulations contraires.

2. Les usages d'entreprise

Il s'agit de pratiques constantes qui s'imposent à l'employeur. Ils ont été créés par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ou établis par les salariés sans opposition de l'employeur (par exemple : quitter le lieu de travail plus tôt les veilles de congés).

Pour qu'il y ait usage s'imposant à l'employeur, trois conditions doivent être remplies cumulativement :

- la généralité : l'avantage concerne tout le personnel ou toute une catégorie de celui-ci ;
- la constance : l'avantage doit être attribué de façon répétée et régulière ;
- la fixité : l'avantage doit obéir dans les conditions d'attribution et de détermination à des règles prédéfinies, constantes, objectives.

3. La dénonciation de l'usage

L'employeur peut dans le cadre de son pouvoir de direction modifier ou supprimer un usage. Il doit respecter les règles de dénonciation fixées par la jurisprudence :

- informer les institutions représentatives du personnel ;
- informer individuellement les salariés ;
- respecter un délai de prévenance suffisant. Ce délai ayant pour but de permettre l'engagement d'une négociation collective, aucune durée minimale n'est fixée, elle dépend essentiellement de l'importance de l'avantage supprimé.

EXEMPLES

L'employeur respecte un délai de prévenance suffisant lorsqu'il informe les salariés en mai et les représentants du personnel en juin de la suppression du 13^e mois, dont le solde doit être versé au mois de décembre suivant. En revanche, s'il dénonce une prime qui devait être versée à la fin du mois ou le mois suivant, les juges considèrent généralement ce délai comme insuffisant (Cass. soc. 3 mai 2012, n° 10-20738).

B. LES ACCORDS ATYPIQUES

L'accord atypique est un accord signé par l'employeur mais qui ne répond pas aux conditions de la négociation collective. Par exemple, un accord avec le comité d'entreprise sur le versement d'une prime de fin d'année.

Cet accord n'est soumis à aucune condition de validité, de formalisme mais vaut engagement de l'employeur.

Les règles de dénonciation sont les mêmes que celles de l'usage.

C. LES ENGAGEMENTS UNILATÉRAUX

L'engagement unilatéral est une décision de l'employeur d'appliquer un accord sans force obligatoire, par exemple une note de service, une réponse aux représentants du personnel.

EXEMPLE

Décision de l'employeur d'accorder ou de ne pas accorder le vendredi, lendemain du jeudi de l'Ascension.

Cet engagement peut être dénoncé moyennant un délai de prévenance suffisant pour permettre d'éventuelles négociations, après information des instances représentatives du personnel et des salariés concernés.

La procédure de dénonciation ne s'applique pas lorsque l'engagement unilatéral est directement remis en cause par la conclusion d'un accord collectif (Cass. soc., 10 mars 2010, n° 08-44.950).

CHAPITRE 4. LA HIÉRARCHIE ENTRE LES SOURCES

La législation du travail, protectrice du salarié, est souvent présentée comme un minimum auquel on ne peut déroger et qui présente un caractère impératif. Cette présentation n'est pas tout à fait exacte. On distingue en effet :

- **L'ordre public « absolu »** : aucune dérogation à la règle n'est possible, même plus favorable au salarié, n'est alors possible. Par exemple, le contrat de travail ne peut prévoir l'indexation du salaire sur le SMIC ou bien les délégués du personnel ne peuvent se prêter entre eux le contingent d'heures de délégation dont ils disposent.
- **L'ordre public « social »** : une dérogation à la règle est possible mais uniquement en faveur du salarié et non à son détriment. La clause du plus favorable au salarié est applicable. Par exemple, la possibilité de prévoir par contrat de travail ou par négociation collective des indemnités de licenciement supérieures à celles prévues par le Code du travail.
- **L'ordre public « conditionnel »** : cet ordre public particulier est fondé sur l'idée que l'ordre public n'a pas seulement pour raison d'être le progrès social, mais aussi le maintien de l'entreprise et de l'emploi. Des dispositions impératives font l'objet de dérogations dans un sens qui peut être défavorable aux salariés par la voie de la négociation collective (patronat, syndicats de salariés).

Par exemple, le jour de repos hebdomadaire est en principe le dimanche selon la loi mais il est possible de faire travailler des salariés toute la semaine dans le cadre d'une organisation du travail en continue pour des raisons économiques. De même, en principe, les salariés en contrat à durée déterminée doivent percevoir à l'issue du contrat une indemnité de précarité égale à 10 % de la rémunération brute perçue durant la totalité du contrat mais par la négociation collective celle-ci peut-être ramenée à 6 % s'il existe des compensations en termes de formation.

En cas de concours de règles de droit pour choisir celle qui va primer, il va falloir savoir si l'on se trouve en présence d'un ordre public « absolu », « social », ou « conditionnel ». En pratique, on pose pour principe l'application de la règle la plus favorable au salarié, on examine ensuite si l'on ne se trouve pas en présence de l'une des exceptions à ce principe.

SECTION 1. LE PRINCIPE DE L'APPLICATION DE LA RÈGLE LA PLUS FAVORABLE AU SALARIÉ

I. LA DÉFINITION DU PRINCIPE DE FAVEUR

Du fait de la multiplicité des sources du droit de travail et de leur différence de valeur suivant leurs formes et suivant la qualité de l'autorité dont elles émanent, une hiérarchie a été établie entre elles.

Il était d'usage d'affirmer qu'en droit du travail, la hiérarchie organique des sources qui prévaut dans toutes les autres matières du droit (le droit international est supérieur au droit national, la Constitution est supérieure à la loi, celle-ci l'emportant sur les règlements...) était supplantée par une hiérarchie matérielle (la source la plus favorable au salarié l'emporte sur la moins favorable, quelle que soit son autorité organique (traité international, loi règlement, etc.)). Ce particularisme était nommé le principe de l'ordre public social.

II. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE FAVEUR

Ce principe de l'ordre public social est encore un principe de droit positif. Ainsi, le contrat de travail ne peut comporter que des clauses plus favorables ou équivalentes au salarié par rapport aux autres sources du droit. Ces clauses contractuelles plus favorables ne peuvent pas être remises en cause par la signature d'un accord collectif. Et les accords collectifs et conventions collectives ne peuvent comporter que des dispositions égales ou supérieures à celles de la loi. Cependant, si l'ordre public social reste le principe, les exceptions sont de plus en plus nombreuses.

SECTION 2. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE FAVEUR AU SALARIÉ

Les exceptions se multiplient car les sources professionnelles que sont les conventions et accords collectifs ont désormais un rôle prédominant et peuvent parfois écartier des règles pourtant plus favorables aux salariés.

I. LES USAGES, LES ACCORDS ATYPIQUES ET LES ENGAGEMENTS UNILATÉRAUX

Ces sources du droit ne sont plus applicables en présence de dispositions conventionnelles même moins favorables ayant le même objet. Dans ce cas il peut être mis fin à ces sources par un accord ou une convention collective sans mettre en œuvre la procédure de dénonciation. Par exemple dans une entreprise il était d'usage de prendre quatre jours pour le mariage d'un enfant, un accord collectif entre en vigueur prévoyant trois jours pour cet événement, les salariés bénéficieront de trois jours sans que l'usage n'ait à être dénoncé.

II. LES CONVENTIONS COLLECTIVES DE BRANCHE OU NATIONALES

Les textes issus de la négociation collective répondent à des règles d'articulation particulières entre conventions collectives d'entreprise, de branche ou nationales qui ont été modifiées par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. Avant cette date, une hiérarchie était établie entre les différents textes élaborés, faisant prévaloir l'application de la règle du plus favorable aux salariés. Ainsi un accord d'entreprise ne pouvait pas déroger en un sens moins favorable aux salariés à un accord interprofessionnel de branche.

La loi du 4 mai 2004 précise désormais que la convention ou l'accord de niveau supérieur doit prévoir que ses dispositions sont impératives, à défaut la convention ou l'accord de niveau inférieur (accord d'entreprise) pourra y déroger, même dans un sens moins favorable aux salariés. Dans quatre domaines, l'accord de branche conserve son caractère impératif : les salaires minima, les classifications, les garanties collectives édictées dans le domaine de la protection sociale complémentaire et la mutualisation des fonds recueillis au titre de la formation professionnelle continue.

Ces dispositions n'ont pas de caractère rétroactif. Les conventions et accords conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004 restent soumis à la règle qui fait prédominer l'application du texte supérieur sauf dispositions plus favorables (Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-69.647).

Il faut noter que la Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail (Loi n° 208-789 du 20 août 2008, JO du 21/08/08) place l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement au premier niveau de la négociation dans certains domaines (fixés par la loi) concernant la durée du travail.

L'accord collectif ou la convention collective de branches devenant supplétifs.

III. LA LOI

Dans certaines matières, des accords collectifs de branche, ou même, depuis la loi du 4 mai 2004, de simples accords d'entreprise, peuvent être des accords dérogatoires et prévoir des dispositions moins favorables aux salariés que ce que prévoit la loi ayant le même objet. Ces accords dérogatoires s'appliquent essentiellement en matière de durée du travail. Par exemple, le taux de majoration du salaire pour les heures dites supplémentaires c'est-à-dire travaillées au-delà de la durée légale hebdomadaire de 35 heures est de 25 % entre la 36^e et la 43^e heure de travail par semaine. Mais ce taux de majoration peut être réduit à 10 % par accord dérogatoire, alors moins favorable que la loi.

TITRE 2. LE CONTRAT DE TRAVAIL

Pourvoir un poste de travail est un acte qui sous une apparence simple est le résultat d'une opération complexe, faisant intervenir des éléments divers.

Certains de ces éléments tiennent à l'entreprise elle-même, à la politique du personnel qu'elle entend mener (par exemple en matière de salaires), à la personne recherchée pour occuper le poste et d'autres au contexte légal et administratif.

L'embauche est certes placée pour l'essentiel sous le signe de la liberté contractuelle, du choix réciproque mais il s'agit d'une liberté relative.

Liberté relative non seulement au moment de l'embauche, la loi imposant certaines restrictions (priorités d'emplois, formalités), mais aussi liberté relative au moment de la conclusion du contrat, dans sa forme et sa rédaction.

CHAPITRE 1. LE RECRUTEMENT DES SALARIÉS

SECTION 1. LES FORMALITÉS PRÉALABLES À L'EMBAUCHE

I. LA DÉFINITION DU POSTE À POURVOIR

La question du recrutement ne s'aborde pas de la même façon selon que le poste à pourvoir est un poste permanent ou un emploi provisoire, de cette qualification dépendra le choix juridique du contrat. Il faut également tenir compte du niveau de compétence requis pour occuper le poste, d'autant que certaines conventions collectives exigent parfois des diplômes précis pour tel ou tel poste.

II. LA QUALIFICATION PROFESSIONNELLE

La qualification professionnelle est également un élément déterminant. En règle générale, on distingue trois catégories de salariés : les ouvriers, les employés et les cadres. Ces catégories sont nées de la pratique et ont été consacrées par la loi et essentiellement par les conventions collectives.

C'est dans l'entreprise, en fonction du poste proposé que va s'opérer la qualification professionnelle qui est en grande partie contractuelle.

Les ouvriers sont ceux qui effectuent des tâches essentiellement matérielles. On distingue les manœuvres, les ouvriers spécialisés, les ouvriers qualifiés et les ouvriers hautement qualifiés.

Les employés participent à l'administration de l'entreprise et aux relations avec les fournisseurs et la clientèle. Cette catégorie se subdivise en employés au sens strict, en agents de maîtrise et en techniciens.

Les cadres ont une fonction d'autorité et de commandement dans l'entreprise. Ils ont reçu une formation nécessaire pour exercer cette fonction, souvent constatée par un diplôme (par exemple ingénieur) mais aussi par l'expérience professionnelle ou la formation permanente. Ils exercent par délégation de l'employeur un commandement sur des collaborateurs ou occupent des fonctions exigeant une technicité laissant à l'intéressé une marge d'initiative et de responsabilité. Ils sont classés en cadres débutants, cadres confirmés, cadres supérieurs.

La loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail : loi « Aubry » II distingue trois catégories de cadres soumises chacune à un régime particulier :

- Les cadres dirigeants auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à

prendre des décisions de façon autonome et perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise.

- Les cadres dits « intégrés » qui travaillent au sein d'un atelier, d'un service ou d'une équipe et dont le rythme de travail peut épouser l'horaire collectif ou est susceptible de le suivre.
- Les cadres autonomes dont l'horaire ne peut être prédéterminé.

SECTION 2. LES RESTRICTIONS À LA LIBERTÉ D'EMBAUCHE

I. LES PRIORITÉS À L'EMBAUCHE ET À LA RÉINTÉGRATION

Certains salariés bénéficient à la suite d'une suspension, d'une rupture ou d'une transformation de leur contrat de travail, d'un droit à réintégration dans le poste précédent ou dans un emploi similaire, par exemple en cas de congé maternité, de congé pour création d'entreprise, pour un salarié à temps partiel voulant reprendre un poste à plein-temps, pendant un an à la suite d'un licenciement économique. Avant toute embauche l'employeur devra donc vérifier que ce droit de priorité n'existe pas pour certains salariés.

II. L'OBLIGATION D'EMPLOI DES HANDICAPÉS ET DES MUTILÉS DE GUERRE

Tout employeur occupant au moins vingt salariés doit occuper à temps plein ou à temps partiel, des personnes reconnues handicapées, dans la limite de 6 % de l'effectif (art. L. 5212-2 du Code du travail).

L'article L. 5212-13 du Code du travail énumère les catégories visées. Il s'agit notamment des travailleurs reconnus handicapés par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées (CDAPH) dont l'incapacité permanente est au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente Sécurité sociale.

Les employeurs peuvent trouver une alternative à cette obligation :

- en versant une contribution annuelle à l'Association pour la gestion des fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées (AGEFIPH) ;
- en appliquant un accord de groupe, de branche, d'entreprise ou d'établissement prévoyant la mise en œuvre d'un programme annuel en faveur des handicapés ;
- en passant des contrats de fourniture de sous-traitance ou de prestations de service avec des entreprises adaptées, des centres de distribution de travail à domicile ou des établissements et services d'aide par le travail.
- en accueillant en stage (durée supérieure à 40 heures) des personnes handicapées (pas plus de 2 % de l'effectif total).

La contribution versée à l'AGEFIPH est majorée lorsque les établissements, pendant une période de 3 ans, n'auront employé aucun bénéficiaire de l'obligation d'emploi, ni passé de contrat avec une entreprise adaptée, des centres de distribution de travail à domicile ou des établissements ou services d'aide par le travail, ni appliqué un accord collectif agréé, voient leur contribution financière augmenter.

III. LES INTERDICTIONS D'EMBAUCHE

Deux catégories font l'objet d'interdiction d'embauche dans certaines conditions :

- Les jeunes de moins de 16 ans ne peuvent travailler sauf s'ils sont en apprentissage, s'ils suivent un enseignement alterné dans le cadre du « dispositif d'initiation aux métiers en alternance » (DIMA) alors qu'ils n'ont pas terminé leur scolarité obligatoire, s'ils travaillent dans des établissements où ne sont employés que des membres de la famille, sous l'autorité soit du père, de la mère ou du tuteur, ou s'ils travaillent dès l'âge de 14 ans pendant les vacances scolaires dès lors que celles-ci comportent au moins quatorze jours (art. L. 4153-1, L. 4153-3 et L. 4153-5 du Code du travail).

- Les jeunes de moins de 18 ans se voient interdire un certain nombre de travaux dangereux ou dans certains lieux (par exemple débits de boissons). Il en est de même pour le travail de nuit entre 22 heures et 6 heures pour les jeunes de plus de 16 ans et de moins de 18 ans et de 20 heures à 6 heures pour les jeunes de moins de 16 ans.
- Les femmes : certains travaux exposant les femmes à des risques particuliers sont interdits ou font l'objet d'une information spécifique (art. R. 4412-152, D. 4152-4, R. 4412-89 du Code du travail). Il est également interdit d'employer des femmes enceintes, des femmes venant d'accoucher ou allaitant à certaines catégories de travaux qui en raison de leur état présentent des risques pour leur santé ou leur sécurité (art. L. 1225-12 du Code du travail).

IV. LES TRAVAILLEURS ÉTRANGERS

L'immigration est officiellement arrêtée depuis 1974. Il est donc impossible pour un étranger venu en France avec un visa de tourisme de se présenter sur le marché du travail, une procédure de régularisation existe mais elle est exceptionnelle.

Pour exercer une activité professionnelle en France, tout étranger doit être titulaire d'une autorisation de séjour et de travail en cours de validité. À défaut, l'étranger doit obtenir préalablement cette autorisation en demandant à la préfecture de son domicile un changement de son statut administratif (il devra passer, dans les 3 mois suivant la délivrance de son autorisation de travail, une visite médicale auprès de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) ; à défaut, l'autorisation de travail pourra être retirée).

L'employeur doit vérifier la nationalité de celui qu'il souhaite embaucher. S'il s'agit d'un étranger, il doit être muni des titres suivants en cours de validité l'autorisant à travailler :

- soit une carte de résident valable dix ans, renouvelable de plein droit et conférant le droit de résider et d'exercer sur l'ensemble du territoire métropolitain toute activité professionnelle de son choix sans limitation géographique ;
- soit une carte de séjour temporaire « salarié » ou « travailleur saisonnier », délivrée sur présentation d'un contrat de travail d'au moins 12 mois ou d'un contrat de travail saisonnier ;
- soit une carte « compétences et talents » valable trois ans et renouvelable qui est accordée à l'étranger susceptible de participer du fait de ses compétences au développement économique, intellectuel ou scientifique de la France et du pays dont il a la nationalité ;
- soit une carte de séjour temporaire « scientifique » délivrée à l'étranger titulaire d'un diplôme au moins égal au master pour lui permettre de mener des travaux de recherche ou de dispenser un enseignement de niveau universitaire en France dans le cadre d'une convention d'accueil signée avec un organisme public ou privé ;
- soit une carte de séjour étudiant qui permet à son titulaire d'exercer une activité salariée dans la limite de 60 % de la durée de travail annuelle (la durée du travail annuelle est de 1 607 heures) ;
- soit une autorisation provisoire de séjour délivrée aux jeunes diplômés titulaires d'un master (ou équivalent) souhaitant acquérir une première expérience professionnelle en France ;
- soit le récépissé de première demande ou de demande de renouvellement d'un titre de séjour autorisant à travailler ;
- soit une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » d'une durée maximale d'un an renouvelable automatiquement. Ce titre unique donne le droit à son titulaire d'exercer toute activité professionnelle de son choix ;
- soit la carte bleue européenne, titre s'adressant aux travailleurs immigrés hautement qualifiés.

L'employeur doit donc, dès l'embauche, vérifier si le futur salarié possède un titre l'autorisant à travailler en France, sauf si l'intéressé justifie être inscrit au Pôle emploi (art. L. 5221-8 et R. 5221-43 du Code du travail).

L'employeur doit s'assurer de l'existence de ce titre auprès du préfet du département (préfet de police à Paris), par LRAR ou courrier électronique transmis au moins 2 jours ouvrables avant l'embauche, avec copie du document produit par l'étranger (art. R. 5221-41 du Code du travail). Si le préfet n'a pas répondu dans les 2 jours ouvrables suivant la réception de la demande, l'employeur est réputé avoir rempli son obligation de vérification (art. R. 5221-42 du Code du travail).

L'accès à l'emploi peut se faire par trois voies distinctes :

- L'introduction : l'employeur prend l'initiative de faire venir en France un étranger pour occuper un emploi déterminé avec contrat de travail obligatoire. L'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) participe aux opérations de recrutement et d'introduction en France des travailleurs étrangers, l'employeur qui sollicite ses services devant lui verser une redevance. L'employeur doit également déposer au Pôle emploi un dossier de demande d'introduction qui est transmis à la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), la décision finale est prise par le préfet.
- Le changement de statut : il s'applique aux personnes étrangères, régulièrement entrées en France et qui souhaitent travailler. La personne étrangère doit faire les démarches en produisant un contrat de travail et un engagement de verser la redevance à l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration (OFII).
- La régularisation : la loi du 24 juillet 2006 a mis en place une mesure « d'admission exceptionnelle au séjour », qui constitue une procédure de régularisation au cas par cas pour les étrangers en situation irrégulière. L'étranger doit présenter à l'appui de sa demande de régularisation un contrat de travail ou une promesse d'embauche.

Régimes particuliers

Les ressortissants de certains États sont soumis à des règles particulières :

- Tout citoyen de l'Union européenne ou ayant la nationalité d'un des pays de l'espace économique européen (Norvège, Liechtenstein et Islande) ou la nationalité suisse a le droit de chercher et d'occuper un emploi librement en France. Aucun titre de travail ni de séjour n'est requis.
- Les salariés bulgares et roumains doivent, contrairement aux autres ressortissants de l'Union européenne ou assimilés, détenir une autorisation pour exercer une activité professionnelle salariée pendant une période transitoire, jusqu'au 1^{er} janvier 2014.
- Les ressortissants de certains pays tels le Togo, le Gabon, l'Algérie, le Liban, le Cambodge, le Laos, le Vietnam bénéficient de dispositions souples.

Métiers en tension

L'étranger qui exerce une activité professionnelle dans un métier dit « en tension » (connaissant des difficultés de recrutement), ne peut se voir opposer la situation de l'emploi lors de la demande d'autorisation de travail.

L'une des listes (291 métiers) est à destination des ressortissants bulgares et roumains, l'autre plus restreinte à destination des ressortissants des États tiers (ex. : ouvrier des travaux publics).

Stagiaires

Une carte de séjour temporaire avec la mention « stagiaire » peut être attribuée dans le cadre d'une convention de stage. La mention « stagiaire » n'autorise pas une activité salariée, mais la réalisation d'un stage. La durée du stage est au maximum de 6 mois pour un étudiant.

SECTION 3. L'EMBAUCHE

I. LES DIFFÉRENTES MÉTHODES DE RECRUTEMENT

A. LE RECRUTEMENT INTERNE

L'employeur peut décider de recruter au sein de l'entreprise mais aucune disposition légale ne lui impose d'avoir recours à un tel type de recrutement. Il devra vérifier que les règles de priorité d'emploi ou de réemploi sont respectées. Il devra également vérifier qu'une convention collective ou un accord collectif ne lui impose pas d'informer le personnel sur les postes vacants.

B. LE RECRUTEMENT EXTERNE

La loi de cohésion sociale de janvier 2005 a mis fin au monopole de l'activité de placement de Pôle emploi. Elle ouvre l'exercice des activités de placement aux opérateurs privés mais en l'encadrant, notamment ceux-ci ne peuvent en principe exiger de rétribution directe ou indirecte de la personne à la recherche d'emploi.

L'employeur peut également avoir recours à d'autres sources de recrutement : candidatures spontanées, cabinets de recrutement, offres d'emploi dans la presse, Internet.

C. LES RÈGLES À RESPECTER

La rédaction et la publication d'offres d'emploi doivent se conformer à des règles spécifiques et à des règles d'ordre public.

Les **règles spécifiques** sont définies par le Code du travail (art. L. 5331-1, L. 5331-2, L. 5331-3, L. 5331-4, L. 5332-1, L. 5332-2, L. 5332-3 et L. 5332-4 du Code du travail) qui édicte que ces offres ne peuvent être insérées que dans la presse ou un autre moyen de communication payant (par exemple Internet).

Ces règles sont soumises à des formalités et à des interdictions :

- Obligation pour l'employeur qui fait insérer une offre anonyme d'emploi de faire connaître son nom, sa raison sociale et son adresse au directeur de la publication.
- Obligation de rédiger en français l'offre d'emploi insérée dans un journal, une revue ou écrit périodique concernant des services à exécuter sur le territoire français ou hors du territoire français si l'auteur de l'offre ou l'employeur est français (sauf exception).
- Interdiction de mentionner des limites d'âge maximal ainsi que des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur sur l'emploi offert, par exemple sur la rémunération (art. L. 5331-3 du Code du travail).
- L'emploi doit être effectivement disponible.
- Toute offre d'emploi publiée ou diffusée doit être datée.

Les **règles d'ordre public** concernent l'interdiction de dispositions discriminatoires : le Code pénal (art. 225.1 à 225.3 nouveau du Code pénal) prévoit un emprisonnement de trois ans et 45 000 € d'amende, à l'encontre de toute personne qui soumet une offre d'emploi à une condition fondée sur l'origine, le sexe, la situation de famille, les mœurs, l'appartenance ou non à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Il est également interdit de mentionner ou de faire mentionner dans une offre d'emploi ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, une condition relative au sexe ou à la situation de famille du candidat recherché (art. L. 1142-1 du Code du travail).

Dans certains cas, les employeurs sont autorisés à préciser le sexe, par exemple les mannequins.

D. LES PROCÉDURES DE RECRUTEMENT

La loi du 31 décembre 1992 sur l'emploi, le temps partiel et le chômage comporte des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

C'est ainsi que les techniques de recrutement doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie, le comité d'entreprise et le candidat devant en être informés avant leur mise en place (art. L. 1221-8, L. 1222-3, L. 1221-9 et L. 2323-32 du Code du travail).

Les informations demandées à un candidat, sous quelque forme que ce soit, par exemple dans des tests graphologiques, un questionnaire d'embauche, un logiciel ou un entretien d'embauche, ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé et doivent présenter un lien direct et nécessaire avec cet emploi (art. L. 1221-6 et 1221-2 du Code du travail).

L'employeur se voit par exemple interdire de poser des questions sur l'appartenance syndicale du candidat lors d'un entretien d'embauche.

Par contre, il peut exiger un certain nombre de renseignements comme les diplômes obtenus.

Le candidat est tenu de répondre de bonne foi aux questions posées. Il n'est pas tenu de répondre à celles qui n'ont pas de lien avec l'emploi proposé et l'absence de réponse ne doit pas lui porter préjudice.

Lorsque les renseignements ont un lien direct avec l'emploi, si le candidat donne de faux renseignements, il commet une faute.

Tout candidat doit pouvoir obtenir, sur sa demande, les résultats des analyses et tests ou évaluations professionnelles éventuellement pratiquées.

II. LA CONCRÉTISATION DU CHOIX

L'employeur doit notifier sa décision au salarié oralement ou par écrit. La rétractation de l'une ou l'autre des parties pourra donner lieu éventuellement au versement de dommages et intérêts.

Il faut distinguer la simple offre d'emploi, sans précision sur les conditions essentielles du contrat, qui n'engage pas les parties et l'offre d'emploi précise, complète, adressée à une personne désignée, qui a valeur de promesse d'embauche. La lettre envoyée à une personne ayant répondu à une annonce ne constitue qu'une acceptation de principe de sa candidature alors que la lettre qui précise à l'intéressé le poste de travail, le lieu de travail, le salaire et la date d'entrée en fonction constitue une promesse d'embauche.

Le non-respect d'une promesse d'embauche peut entraîner la réparation du préjudice subi, par exemple un salarié ayant formellement accepté un poste, qui ne se présente pas volontairement le jour convenu, peut être condamné à verser à l'employeur une indemnité compensatrice de préavis et des dommages et intérêts pour engagement non tenu. À l'inverse, une entreprise ayant, par lettre, démarché un particulier, en lui proposant un poste avec des conditions précises et fermes et qui se rétracte peu avant la date prévue pour la signature du contrat, peut être condamnée à verser une indemnité compensatrice de préavis et des dommages et intérêts.

SECTION 4. LES FORMALITÉS LIÉES À L'EMBAUCHE

I. LA REMISE OBLIGATOIRE D'UN ÉCRIT ET DE CERTAINS DOCUMENTS AU SALARIÉ

La remise d'un écrit est obligatoire pour certains types de contrats (contrats à durée déterminée, à temps partiel).

Cette obligation peut aussi découler des conventions collectives qui exigent très souvent la conclusion d'un contrat de travail ou la remise d'une lettre d'engagement.

Une directive européenne du 14/10/1991 dont la date limite de transposition dans les législations des États membres était fixée au 30 juin 1993 impose la remise d'un écrit à tout salarié, quelle que soit la nature de son contrat dans les deux mois suivant le début du travail. Cet écrit n'est pas forcément le contrat de travail. L'administration considère que cette exigence est remplie du simple fait de la remise au salarié du volet détachable de l'accusé de réception de la déclaration préalable à l'embauche et de la délivrance du bulletin de paie lorsque l'un de ces deux documents permet de disposer des mentions requises par la directive.

La Cour de cassation considère que la mention de la convention collective sur le bulletin de paie constitue une présomption simple que l'employeur peut combattre en apportant la preuve contraire, notamment si cette convention a été mentionnée par erreur (Cass. soc., 15 nov. 2007, n° 06-44.008).

En général, le contrat est établi en deux exemplaires et s'il est conclu en France, il doit être rédigé en français, même s'il est exécuté à l'étranger. Si le salarié est étranger, il peut demander une traduction du contrat dans sa langue d'origine (art. L. 1221-3 du Code du travail).

Le Code du travail oblige l'employeur à informer les salariés de la convention collective applicable à l'entreprise et à la tenir à la disposition du personnel.

Les conditions d'information des salariés sur le droit conventionnel applicable doivent en principe être définies par accord de branche. À défaut d'accord de branche définissant les conditions d'information des salariés sur le droit conventionnel applicable, l'employeur doit, au moment de l'embauche, fournir au salarié une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'entreprise (art. L. 2262-5 du Code du travail).

L'employeur doit informer le salarié, lors de son embauche, du régime de prévoyance applicable dans l'entreprise. Dans les entreprises proposant un mécanisme d'épargne salariale, un livret d'épargne salariale présentant l'ensemble des dispositifs existants devra être remis à tout salarié lors de la conclusion de son contrat de travail (art. L. 3341-6 du Code du travail).

II. LA DÉCLARATION À L'EMBAUCHE

Dans le cadre de la lutte contre le travail clandestin, une loi du 31 décembre 1992 a institué la déclaration préalable à l'embauche. Tous les employeurs doivent procéder à cette déclaration nominative, pour chaque salarié embauché, avant sa prise de fonction effective ou le début de sa période d'essai et au plus tôt huit jours avant la date présumée de l'embauche. Cette déclaration doit être adressée au plus tôt dans les 8 jours précédant la date prévisible d'embauche par l'employeur à l'URSSAF ou à la Mutualité sociale agricole (MSA) s'il s'agit d'un salarié agricole.

Cette déclaration porte sur des renseignements usuels : identification de l'employeur, du salarié, date et heure prévues de la prise de fonction (art. L. 1221-10 et R. 1221-1 du Code du travail).

La DPAE est en principe transmise par voie électronique.

Dans les 5 jours ouvrables suivant la réception de la déclaration, l'URSSAF adresse à l'employeur un accusé de réception.

L'employeur est tenu de donner au salarié une copie de la déclaration préalable à l'embauche ou de l'accusé de réception. Cette obligation est accomplie lorsque le salarié dispose d'un contrat de travail écrit où figure la mention de l'organisme destinataire de la déclaration (art. R. 1221-9 du Code du travail).

L'absence de déclaration ou le retard dans la déclaration est pénalement sanctionnée.

III. LE REGISTRE DU PERSONNEL

Ce registre concerne les entrées et les sorties du personnel (contrats à durée indéterminée, à durée déterminée, apprentis, travailleurs temporaires, salariés sous contrats aidés, travailleurs à domicile). L'inscription des salariés sur ce registre doit être faite au moment de l'embauchage. Il comprend un certain nombre de mentions obligatoires, par exemple la nationalité, l'emploi, la date d'entrée et de sortie et doit être tenu à la disposition de l'inspecteur du travail et des délégués du personnel (art. L. 1221-13 du Code du travail). Les entreprises qui le souhaitent peuvent, après consultation des délégués du personnel, remplacer le registre unique du personnel par un support de substitution notamment informatique à la condition que des garanties de contrôle équivalentes soient maintenues.

IV. LA VISITE MÉDICALE D'EMBAUCHE

Avant l'embauche ou au plus tard avant la fin de la période d'essai, tout salarié doit faire l'objet d'un examen médical obligatoire destiné à vérifier son aptitude au poste de travail envisagé, l'informer sur les risques des expositions au poste de travail et le suivi médical nécessaire, ainsi que de le sensibiliser sur les moyens de prévention à mettre en œuvre (art. R. 4624-10 du Code du travail).

Cette obligation de visite médicale s'impose quelle que soit la nature du contrat (CDI ou CDD) et sa durée (Cass. soc., 11 juill. 2012, n° 11-11.709).

L'employeur doit assurer l'effectivité de la visite médicale d'embauche car il est tenu d'une obligation de résultat. Le manquement de l'employeur à son obligation de faire passer une visite médicale d'embauche cause nécessairement au salarié un préjudice ouvrant droit à des dommages-intérêts (Cass. soc., 5 oct. 2010, n° 09-40.913).

Par exception, et sauf décision contraire du médecin du travail ou demande du salarié, l'employeur n'a pas à organiser à la visite médicale d'embauche lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- le médecin du travail dispose de la fiche d'aptitude du salarié ;
- le salarié est appelé à occuper un emploi identique, présentant les mêmes risques d'exposition ;
- aucune inaptitude n'a été reconnue lors du dernier examen médical, sous réserve que cet examen ne soit pas trop ancien. Ce dernier examen doit avoir eu lieu dans les 24 mois précédents lorsque le salarié est réembauché par le même employeur ; dans les 12 mois précédents lorsque le salarié change d'employeur (art. R. 4624-10 du Code du travail).

Les salariés, effectuant certains travaux, sont soumis à une surveillance médicale renforcée et doivent obligatoirement passer cet examen avant l'embauche.

Cette obligation concerne : les travailleurs âgés de moins de 18 ans (et notamment les étudiants recrutés pour une courte période), les femmes enceintes, les salariés exposés à certains risques (amiante par exemple), les travailleurs handicapés (art. R. 4624-10, R. 4624-11, R. 4624-12, R. 4624-13 et R. 4624-18 du Code du travail).

CHAPITRE 2. LE CONTRAT DE TRAVAIL

SECTION 1. DÉFINITION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail est une source importante en droit du travail.

Autrefois dénommé « louage de service », terme qui figure encore dans le Code civil, le contrat de travail n'est pas défini par la loi. En général, la doctrine (les auteurs) le définit comme la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération.

De cette définition, on peut déduire les principales caractéristiques du contrat de travail. Il s'agit d'un contrat :

- synallagmatique ou bilatéral « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres », à titre onéreux (chacune des parties reçoit un avantage qui est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre) ;
- à exécution successive (les obligations des parties s'échelonnent dans le temps) ;
- conclu *intuitu personae* (en considération de la personne du cocontractant).

Il a également pour caractéristique de placer l'une des parties sous la subordination de l'autre, cet élément étant le principal critère du contrat de travail.

Cette subordination juridique se caractérise par l'appartenance à un service organisé qui par exemple va fournir le matériel ou les matériaux, la soumission à des directives, et à un contrôle et par l'exercice de l'activité dans l'intérêt du cocontractant.

Le contrat de travail crée juridiquement le rapport employeur/salarié, confère à ce dernier le statut légal de salarié avec certains avantages, par exemple la protection sociale, et précise les obligations de chaque partie.

SECTION 2. LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

I. LES CONDITIONS DE FOND

Aux termes de l'article 1108 du Code civil, **quatre conditions** sont requises pour la validité d'une convention.

A. LE CONSENTEMENT DE LA PARTIE QUI S'OBLIGE

Il n'y a pas de consentement valable si celui-ci n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol (art. 1109 du Code civil). Dans chacune de ces hypothèses, le contrat pourra être annulé.

- Il y a erreur par exemple lorsqu'une personne a été embauchée comme vendeuse et qu'elle se voit affectée à un poste de comptable.
- Il y a violence lorsque la personne se voit, sous l'effet d'une menace, obligée de donner son accord malgré elle.
- Il y a dol lorsqu'il y a emploi de manœuvres pour surprendre le consentement, par exemple faire état d'un diplôme que l'on ne possède pas, et qui est indispensable dans le poste où le salarié a été embauché.

B. LA CAPACITÉ DE CONTRACTER

Le problème de la capacité se pose essentiellement pour les mineurs. Comme tout contrat, le contrat de travail doit, pour être valable, être conclu par des personnes ayant la capacité de contracter. Juridiquement, le consentement de son représentant légal devrait être requis ainsi que celui du mineur (celui-ci fournissant une prestation personnelle).

En réalité, le mineur signe son contrat, le silence des parents étant considéré comme une acceptation tacite.

C. UN OBJET CERTAIN

Juridiquement, pour l'employeur l'objet est la rémunération d'une prestation de travail et pour le salarié la fourniture du travail.

D. UNE CAUSE LICITE

Le contrat de travail sera nul si le salarié a été engagé pour des activités illicites ou immorales.

II. LES CONDITIONS DE FORME

Aux termes de l'article L. 1221-1 du Code du travail :

« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. »

Le contrat de travail est consensuel et il n'est pas nécessaire de constater l'accord des parties par écrit, celui-ci pouvant être verbal.

Ce principe subit de nombreuses exceptions :

- Certains contrats doivent être nécessairement écrits : les contrats à temps partiel, les contrats à durée déterminée et de travail temporaire, les contrats dans le cadre de la politique de l'emploi et de formation en alternance.
- Un grand nombre de conventions collectives font obligation de conclure par écrit tout contrat de travail à durée indéterminée.
- Seuls les contrats à durée indéterminée à temps plein échappent à cette obligation d'écrit, en l'absence de convention collective contraire. Encore faut-il tenir compte de la directive européenne du 14/10/1991 qui a généralisé l'obligation pour tout employeur de mentionner par écrit, au moyen d'un contrat de travail, d'une lettre d'engagement ou de tout autre document, les éléments essentiels de la relation de travail avec le salarié.

Les pouvoirs publics français ont estimé que notre réglementation nationale relative à la déclaration nominative préalable à l'embauche et à la délivrance du bulletin de paie la dispensait d'adopter des mesures de transposition spécifiques.

L'écrit constatant l'embauche peut prendre la forme d'une lettre d'engagement sur laquelle la signature du salarié concrétise son accord ou d'un contrat de travail qui est un accord négocié entre deux parties, chacune en ayant un exemplaire.

III. LES CLAUSES DU CONTRAT

Les parties sont libres de faire figurer dans le contrat de travail toutes clauses sur lesquelles elles se seront mises d'accord. Il faut cependant émettre certaines réserves : certaines clauses sont illicites car contraires à l'ordre public, d'autres sont imposées par la législation (contrats à durée déterminée, temporaire, temps partiel) ou par les textes issus de la négociation collective.

Il est difficile d'énumérer toutes les clauses pouvant figurer dans un contrat de travail. Celui-ci contient des clauses principales : identité des parties, date d'engagement, fonction, qualification, horaire, rémunération, etc. Il peut aussi comporter des clauses particulières telles la période d'essai, la clause de non-concurrence et la clause de mobilité.

A. LA PÉRIODE D'ESSAI

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent (art. L. 1221-20 du Code du travail). Elle fait partie intégrante du contrat de travail et elle débute le jour où le salarié commence effectivement ses fonctions, et non le jour de signature du contrat.

Durant cette période, employeur et salarié peuvent mettre fin au contrat sans justification et sans les formalités normalement applicables au licenciement ou à la démission.

1. L'existence et la durée de la période d'essai

La période d'essai n'est pas obligatoire, son existence doit bien être établie. Deux principes régissent cette reconnaissance.

Il n'y a pas de présomption de la période d'essai. Cette période doit être fixée dans son principe et sa durée, dès l'engagement du salarié.

La loi portant modernisation du travail (loi n° 2008-596 du 25 juin 2008) a institué une période d'essai interprofessionnelle :

- de deux mois maximum pour les ouvriers et les employés ;
- de trois mois maximum pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- de quatre mois maximum pour les cadres.

Cette période d'essai doit expressément être stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail. À défaut d'une telle clause contractuelle, il n'y a pas de période d'essai.

Il est obligatoire de respecter ces durées maximales de période d'essai prévues par le Code du travail, sauf en cas (art. L. 1221-22 du Code du travail) :

- de durées plus courtes prévues par le contrat de travail ou la lettre d'engagement ;
- de durées plus courtes prévues par un accord collectif conclu après la date de publication de la loi (26 juin 2008) ;
- de durées plus longues fixées par un accord de branche conclu avant la date de publication de la loi (26 juin 2008).

Les accords de branche, conclus avant la date de publication de la loi et prévoyant des durées plus courtes que les durées légales, sont restés uniquement applicables jusqu'au 30 juin 2009, période laissée aux partenaires sociaux pour négocier un nouvel accord.

Depuis le 1^{er} juillet 2009, les durées légales de période d'essai s'appliquent, sauf si un nouvel accord collectif, de branche ou d'entreprise, est conclu et fixe des durées plus courtes. Le point de départ de la période d'essai se situe à la date réelle d'entrée en fonction et son décompte se fait en jours calendaires.

EXEMPLE

Une période d'essai fixée à un mois, débutant le 1^{er} février, se terminera le 28 février ou le 29 février et une période débutant le 1^{er} mars, se terminera le 31 mars. Le dernier jour pouvant être un jour non travaillé, un dimanche ou un jour férié.

Une période d'essai d'une semaine débutant le lundi 1^{er} octobre se terminera le dimanche 7 octobre.

Une période d'essai de 10 jours débutant le lundi 1^{er} octobre se terminera le mercredi 10 octobre.

2. La prolongation et le renouvellement de l'essai

La prolongation consiste à reporter le terme de l'essai en cas de suspension du contrat de travail, par exemple en cas d'absence pour maladie ou de congé pour événement familial.

Le renouvellement consiste à prévoir, à la fin de la période d'essai, que l'engagement ne deviendra définitif qu'à l'issue d'une nouvelle période, égale ou inférieure à la première période.

Le renouvellement est possible à la double condition que cette possibilité soit prévue :

- par un accord de branche étendu en fixant les conditions et les durées (art. L. 1221-21 du Code du travail) ;
- **et** par la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. L. 1221-23 du Code du travail).

La durée de l'essai renouvellement compris ne doit pas excéder le double de celle initialement prévue (art. L. 1221-21 du Code du travail), soit :

- quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;
- huit mois pour les cadres.

Ces durées légales sont impératives sauf :

- accord de branche conclu avant la date de publication de la loi prévoyant des durées plus longues ;
- contrat prévoyant des durées plus courtes ;
- accord collectif conclu après la date de publication de la loi, prévoyant des durées plus courtes.

Le renouvellement de la période d'essai ne peut en aucun cas être automatique.

Il faut que le salarié ait expressément accepté le renouvellement de sa période d'essai. La manifestation de volonté du salarié doit être claire et non équivoque, elle ne peut être déduite de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur.

La formule « mon accord pour ce renouvellement est bien exprès et sans équivoque » a été jugée valide (Cass. soc., 25 nov. 2009, n° 08-43008).

Le renouvellement de la période d'essai doit être justifié, il s'agit de tester les capacités professionnelles du salarié.

3. La rupture de l'essai

Elle peut intervenir à l'initiative de l'une ou l'autre des parties, à tout moment sans aucune formalité (sauf délai de prévenance).

La rupture n'est pas obligatoirement signifiée par écrit mais il est toutefois recommandé de le faire par écrit pour éviter tout contentieux.

La loi (art. L. 1221-25 du Code du travail) prévoit l'existence d'un délai de prévenance fixé comme suit lorsque l'employeur met fin à la période d'essai :

- 24 heures si la présence est inférieure à huit jours ;
- 48 heures au cours du premier mois de présence ;
- deux semaines après un mois de présence ;
- un mois après trois mois de présence.

ATTENTION

Le délai de prévenance n'a pas pour effet de prolonger la période d'essai, renouvellement inclus, au-delà des maxima légaux (art. L. 1221-25 nouveau du Code du travail).

La Cour de cassation considère que si l'employeur met fin à la période d'essai avant son terme, « la rupture ne s'analyse pas en un licenciement, alors même que l'employeur n'a pas respecté le délai de prévenance ». En revanche, l'employeur doit verser au salarié une indemnité compensatrice pour la partie du délai de prévenance qu'il n'a pas respectée (Cass. soc. 23 janvier 2013, n° 11-23428).

EXEMPLE

Période d'essai de 4 mois se terminant le 15 mars, l'employeur peut la rompre le 14 mars mais devra verser une indemnité compensatrice d'un mois.

Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci doit respecter (art. L. 1221-26 du Code du travail) un préavis de :

- 24 heures si la présence est inférieure à huit jours ;
- 48 heures dans les autres cas.

La rupture de l'essai n'a pas à être motivée, ni justifiée. Dans certains cas, l'exercice de ce droit discrétionnaire peut être abusif et donner lieu à des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé, exemple : un employeur rompant le contrat d'une salariée pendant la période d'essai dès lors qu'il apprend qu'elle est enceinte. L'employeur ne peut rompre le contrat pour raison de grossesse mais c'est à la salariée d'apporter la preuve de l'abus.

L'employeur qui rompt la période d'essai en invoquant un motif disciplinaire doit respecter la procédure disciplinaire prévue par le Code du travail (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750).

Lorsque l'essai a été satisfaisant, le contrat devient ferme et définitif. C'est le même contrat qui se poursuit, notamment l'ancienneté du salarié part de son entrée dans l'entreprise.

La loi portant modernisation du marché du travail prévoit qu'en cas d'embauche à l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée du stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié (art. L. 1221-24 du Code du travail).

EXEMPLE

Si la période d'essai est de deux mois, le salarié embauché après avoir fait son stage dans l'entreprise pendant trois mois sera soumis à une période d'essai d'un mois.

La loi relative au développement de l'alternance, à la sécurisation des parcours professionnels (loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011) prévoit :

- que la période d'embauche, durant laquelle la durée du stage doit être prise en compte dans le calcul de la période d'essai, est étendue à trois mois après la fin du stage ;
- la déduction intégrale de la durée du stage de la période d'essai si l'embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire ;
- et une ouverture des droits liés à l'ancienneté pour les stagiaires embauchés à l'issue d'un stage supérieur à deux mois.

B. LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Cette clause insérée dans le contrat de travail ou dans un avenant, peut aussi, plus rarement, résulter de la convention collective. Elle vise à interdire à un salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'exercer une activité portant préjudice à son ancien employeur.

1. Les conditions de validité de la clause de non-concurrence

Aucune disposition légale ne concerne les clauses de non-concurrence, la jurisprudence de la Cour de cassation en a déterminé les conditions de validité en recherchant un équilibre entre les intérêts légitimes de l'entreprise et ceux du salarié qui doit pouvoir continuer à travailler.

Pour être valable :

- La clause doit être limitée dans le temps, il s'agit d'une période pendant laquelle le salarié ne devra pas avoir d'activité concurrente. Cette période n'a pas de minimum ou maximum sauf dispositions conventionnelles.
- La clause doit être limitée dans l'espace, il s'agit d'une zone géographique où toute activité concurrente est interdite.
- La clause doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié (la clause doit laisser au salarié la possibilité de poursuivre une activité professionnelle) et être justifiée par l'intérêt de l'entreprise.
- La clause doit comporter une contrepartie financière. Par une série d'arrêts du 10 juillet 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de subordonner la validité de la clause de non-concurrence à l'existence de cette contrepartie financière.

Il s'agit d'une indemnité versée par l'employeur au salarié en contrepartie de l'obligation de non-concurrence. Cette contrepartie financière est, en général, calculée sur la base du salaire brut du salarié et correspond à une fraction de ce salaire.

Cette nouvelle condition de validité s'applique rétroactivement aux contrats en cours d'exécution et pas seulement aux contrats conclus postérieurement au revirement de jurisprudence.

Depuis ces décisions du 10 juillet 2002, la Cour de cassation précise que ces conditions sont cumulatives.

Une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie (Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721). La clause est donc illicite.

La contrepartie financière doit être versée au salarié quel que soit le mode de rupture : démission, licenciement (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-44.598 et Cass. soc., 27 fév. 2007, n° 05-44.984). La contrepartie ne peut pas être modulée selon la nature de la rupture du contrat de travail, c'est-à-dire que son montant doit être le même quelle que soit la cause de la rupture, le salarié pouvant réclamer et obtenir la différence (Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 10-11.590).

Une clause contractuelle ou la convention collective ne peuvent exclure le bénéfice de la contrepartie financière au salarié licencié pour la faute grave (Cass. soc., 28 juin 2006, n° 05-40 et Cass. soc., 4 juin 2008, n° 04-40.609).

La contrepartie financière à la clause de non-concurrence doit être payée après la rupture du contrat de travail et non par anticipation sous forme de majoration de salaire (Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.511).

Certaines conventions collectives réglementent les clauses de non-concurrence (durée, indemnité).

2. L'application de la clause de non-concurrence

Celle-ci prend effet à la rupture du contrat. Deux situations peuvent se présenter :

- La clause est rédigée en termes généraux, elle s'appliquera quel que soit le mode de rupture : démission, licenciement économique, retraite ou préretraite, rupture en période d'essai.
- La clause précise les cas de rupture entraînant l'application de la clause de non-concurrence. Sa mise en œuvre sera limitée à ces cas, par exemple la démission.

L'employeur peut renoncer à la clause de non-concurrence. Cette renonciation doit être prévue par la clause, par le contrat de travail ou par la convention collective. Elle doit être faite dans un certain délai, fixé par la convention collective ou le contrat. Elle doit être expresse et écrite (certaines conventions interdisent la renonciation unilatérale de l'employeur).

Lorsque ni la convention collective ni le contrat de travail ne fixent de délai pour la renonciation à la clause de non-concurrence, l'employeur doit renoncer à celle-ci au moment du licenciement. À défaut, il ne sera pas libéré du versement de la contrepartie financière (Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626).

La violation de la clause par le salarié entraîne la perte de l'indemnité pécuniaire et peut donner lieu à d'éventuels dommages et intérêts au profit de l'employeur.

Le nouvel employeur voit également sa responsabilité engagée s'il emploie sciemment un salarié en violation d'une clause de non-concurrence dont la validité n'est pas contestée (Cass. com., 5 fév. 1991, n° 88-18.400).

Dans certains cas, une clause pénale est prévue en même temps que l'indemnité pécuniaire. Le salarié s'engageant, en cas de violation de l'obligation de non-concurrence, à verser à son ex-employeur une somme d'argent dont le montant est prévu à l'avance.

Les juges peuvent en réduire ou en augmenter le montant si cette somme est manifestement excessive ou dérisoire par rapport au préjudice subi par l'employeur.

C. LA CLAUSE DE MOBILITÉ

La clause de mobilité permet à l'employeur de modifier le lieu de travail du salarié et cela même au-delà du même secteur géographique. Cette clause peut être :

- prévue par le contrat de travail ;
- imposée par la convention collective, l'employeur ne peut s'en prévaloir que si le salarié a été informé de l'existence de la convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance ;
- être simplement prévue par la convention collective, le contrat de travail doit expressément prévoir cette clause et respecter les conditions prévues par la convention collective.

EXEMPLES

1. Mutation justifiée par les besoins de réorganisation de l'agence au sein de laquelle le salarié était affecté.

La mise en œuvre de cette clause ne doit pas révéler de la part de l'employeur un abus de droit ou un détournement de pouvoir, la situation personnelle du salarié ne peut être ignorée par l'employeur. La mutation doit être justifiée par un motif objectif lié à l'intérêt de l'entreprise.

2. La mise en œuvre d'une clause de mobilité d'une salariée qui devait s'occuper d'un enfant handicapé à l'heure du déjeuner, sa nouvelle affectation ne lui permettant plus de le faire et dont le poste précédent est resté vacant a été jugée abusive.

La clause doit définir de façon précise sa zone géographique d'application, le périmètre de mutation doit être donné avec précision (Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45.846, Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 08-45.324 et Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-42.321).

Ce principe a été étendu aux clauses conventionnelles de mobilité qui doivent définir avec précision leur zone géographique d'application (Cass. soc., 24 janv. 2008, n° 06-45.088).

Dès lors que ces conditions sont respectées, le salarié ne peut en principe refuser l'application de la clause. Un délai de prévenance raisonnable, en fonction de chaque situation, doit être

... respecté par l'employeur. Prévenir la veille pour le lendemain se traduit par l'absence de respect d'un délai de prévenance et l'absence de bonne foi de l'employeur (Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-25.937 ; Cass. soc., 28 nov. 2012, n° 11-22.645).

D. LA CLAUSE DE DOMICILE

La clause de domicile restreint pour le salarié la liberté de choisir son domicile. Pour être valable, elle peut être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

Pour des gardiens d'immeubles, la clause d'une obligation de résidence insérée dans leur contrat de travail n'est pas valable dès lors que les salariés peuvent exécuter les tâches qui leur sont confiées tout en résidant à l'extérieur des lieux de travail (Cass. soc., 13 avr. 2005, n° 03-42.965).

E. LA CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ

La clause d'exclusivité interdit au salarié, pendant l'exécution de son travail de travailler pour un autre employeur. Cette clause qui porte atteinte à la liberté du travail pour être valable doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (art. L. 1121-1 du Code du travail).

F. LES CLAUSES D'OBJECTIFS, DE QUOTAS ET DE RÉSULTATS

Le contrat de travail d'un salarié peut contenir une clause fixant des objectifs ou quotas à atteindre (objectifs quantitatifs ou qualitatifs). Ce type de clause concerne le plus souvent les commerciaux mais pas seulement ceux-ci. Ces clauses sont valables, dès lors que les objectifs fixés sont raisonnables et compatibles avec le marché (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 97-41.028).

G. LES CLAUSES DE GARANTIE D'EMPLOI

L'employeur peut s'interdire, *via* une clause du contrat de travail, de rompre celui-ci, pendant une période déterminée, sauf accord avec le salarié, faute grave, faute lourde ou force majeure.

La mention d'une durée limitée de garantie d'emploi est une condition de validité de la clause puisque l'engagement à vie est expressément interdit.

En cas de non-respect par l'employeur de la garantie d'emploi, celui-ci devra verser au salarié des dommages-intérêts et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

H. LA CLAUSE DE VARIATION DU SALAIRE

Une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors :

- qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur ;
- qu'elle ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié ;
- et n'a pas pour effet de réduire la rémunération au-dessous des minima légaux et conventionnels (Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-13.111).

SECTION 3. LE CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

Le Code du travail définit le contrat à durée indéterminée comme le contrat de droit commun, celui qui devrait être le principe classique de l'embauche (art. L. 1221-2 du Code du travail). Il est conclu sans détermination de durée et ne prend fin qu'à l'initiative de l'une ou l'autre des parties et selon des règles strictes. La loi portant modernisation du marché du travail réaffirme le principe selon lequel la forme normale de la relation de travail est le contrat à durée indéterminée.

C'est à travers ses caractéristiques que vont se définir les autres types de contrat : contrats précaires, contrats à temps partiel.

Aux termes de l'article L. 1221-1 et L. 1221-3 du Code du travail :

« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun et peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. »

Il n'est donc pas exigé que le contrat à durée indéterminée à temps plein soit écrit mais un écrit peut faciliter la preuve du contrat et éviter de futures contestations sur la teneur du contrat. C'est pourquoi les conventions collectives prévoient souvent que le contrat de travail sera constaté par écrit.

SECTION 4. LES CONTRATS DÉROGATOIRES

Les règles qui viennent d'être exposées concernent les contrats de droit commun. Pour des raisons de politique économique et de l'emploi, la loi prévoit un certain nombre de contrats dérogatoires permettant le travail de courte durée ou à temps partiel ; leur caractéristique commune étant de répondre à un formalisme précis et important.

I. LES CONTRATS PRÉCAIRES

Depuis 1982, le travail du législateur en matière de travail précaire s'inspire d'un mouvement pendulaire entre la volonté de prendre en compte un fait de société : la vogue croissante des méthodes de gestion consistant à réduire au maximum le personnel permanent, de manière à pouvoir adapter rapidement le niveau des effectifs aux fluctuations de la conjoncture et la volonté de limiter la précarisation des salariés. Depuis cette date trois réformes sont intervenues, élargissant ou restreignant les cas de recours aux contrats précaires. La dernière en date est celle du 12 juillet 1990. Elle limite les cas de recours aux contrats précaires, se veut protectrice du statut des salariés et en fait des contrats d'exception, caractère renforcé par la loi portant diverses mesures d'ordre social du 18 janvier 2002.

Le terme contrats précaires recouvre les contrats à durée déterminée et les contrats de travail temporaire.

A. LES CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE

1. Les motifs de recours

Le contrat à durée déterminée n'est pas un mode durable d'exécution de tâches qui reviennent normalement aux salariés permanents de l'entreprise (art. L. 1242-1 et 1242-2 du Code du travail). C'est un moyen subsidiaire de faire exécuter des tâches précises et temporaires énumérées par la loi.

On distingue les contrats liés aux besoins de l'entreprise et les contrats liés à la politique de l'emploi.

a. Les contrats liés aux besoins de l'entreprise

Aux termes de l'article L. 1242-2 du Code du travail, un contrat à durée déterminée peut être conclu dans trois cas : remplacement, accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise et exécution de travaux temporaires par nature.

À titre expérimental, la loi portant modernisation du marché du travail a créé un contrat pour la réalisation d'un objet défini.

▄▄▄ Le remplacement recouvre cinq situations distinctes :

- Remplacement de salariés absents, passés temporairement à temps partiel ou dont le contrat est suspendu. L'absence doit être provisoire et sont visées aussi bien l'absence de l'entreprise que du poste de travail, par exemple en cas de congés payés ou d'arrêt maladie mais aussi en cas de mutation provisoire sur un autre poste dans l'entreprise.

- Remplacement dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté en contrat à durée indéterminée. Il s'agit du départ définitif d'un salarié en contrat à durée indéterminée, le candidat recruté pour le remplacer n'est pas libre immédiatement mais doit avoir été recruté. Celui-ci peut, par exemple avoir un préavis de démission à effectuer dans une autre entreprise ou bien suivre une formation.
- Départ d'un salarié permanent précédant la suppression de son poste de travail. Le recours au contrat à durée déterminée est possible afin de pourvoir un poste temporairement maintenu dans l'attente d'un arrêt d'activité ou d'un changement de technique de production ou de matériel, qui se trouve vacant à la suite du départ définitif du salarié qui l'occupait.
- Remplacement temporaire d'un chef d'exploitation agricole, son associé, une aide familiale ou le conjoint collaborateur.
- Remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral.

➡ **L'accroissement temporaire recouvre quatre situations :**

- Survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants par rapport à ceux que l'entreprise utilise ordinairement : par exemple commande par un client allemand de 10 000 véhicules à un constructeur automobile.
- Exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable : par exemple informatisation de l'entreprise, audit.
- Travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents, organiser des mesures de sauvetage ou réparer les insuffisances du matériel, des installations ou des bâtiments de l'entreprise présentant un danger pour les personnes : par exemple remise en état du système électrique d'une entreprise qui menace de provoquer un court-circuit.
- Autre accroissement temporaire d'activité. Il s'agit d'une catégorie très utilisée par les employeurs. On peut recourir à cette catégorie lorsqu'il y a augmentation temporaire de l'activité de l'entreprise : par exemple dans les grands magasins au moment des fêtes de fin d'année ou de la rentrée des classes ou bien au moment du bilan comptable.

➡ **L'exécution des travaux temporaires par nature concerne deux cas :**

• **Le travail saisonnier :**

Il s'agit de contrats correspondant à l'exécution de travaux normalement appelés à se répéter chaque année à date à peu près fixe (voire plusieurs fois au cours d'une même année : double saison d'hiver et d'été en zone de montagne, présentation des collections de prêt-à-porter au printemps et en automne) en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations. Les contrats de saisonnier sont souvent conclus dans le domaine du tourisme, de l'agriculture et de l'industrie agroalimentaire : par exemple des moniteurs de ski recrutés en CDD saisonniers pour la saison du ski, ou des salariés en CDD recrutés pour la cueillette des fraises.

- **Les contrats temporaires d'usage :** dans certaines professions, il est d'usage constant de recourir aux contrats à durée déterminée pour certains emplois en raison de l'activité exercée et du caractère temporaire de ces emplois.

Les emplois à pourvoir doivent relever de certaines activités bien déterminées, fixées par décret ou par conventions et accords étendus notamment l'hôtellerie, les centres de loisirs, la restauration, les spectacles, l'audiovisuel.

Dans ces activités, seuls sont concernés les emplois par nature temporaire, par exemple un extra en hôtellerie et restauration.

La Cour de cassation impose le contrôle du caractère par nature temporaire de l'emploi pourvu par un contrat d'usage (Cass. soc., 28 janv. 2008, n° 06-43.040).

▣ Le contrat pour la réalisation d'un objet défini :

Afin de permettre la réalisation par des ingénieurs et cadres de certains projets dont la durée est incertaine, il est institué, à titre expérimental (jusqu'en 2013) un CDD à terme incertain et d'une durée minimum de 18 mois et maximum de 36 mois, conclu pour la réalisation d'un objet défini. Le recours à ce contrat est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, à défaut d'un accord d'entreprise.

▣ Le contrat vendanges

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2002 a créé un contrat vendanges qui est un contrat saisonnier répondant à des règles particulières. Ce contrat a pour objet la réalisation des travaux de vendanges. Ce contrat est destiné à l'ensemble des salariés même ceux qui sont en congés payés et les fonctionnaires.

b. Les contrats dans le cadre de la politique de l'emploi

Ce sont des contrats qui résultent d'une intervention des pouvoirs publics dans le but de favoriser l'embauche de certaines catégories de personnes sans emploi. Ils s'inscrivent dans une perspective de formation professionnelle (art. L. 1241-3 du Code du travail).

- Les contrats de réinsertion et de formation en alternance tel le contrat de professionnalisation font partie de cette catégorie. Il en est de même pour les contrats par lesquels l'employeur assure un complément de formation, par exemple les élèves ou anciens élèves d'école effectuant un stage d'application dans une entreprise.
- Le CDD Senior : un décret publié au Journal officiel du mardi 29 août 2006 met en place un contrat à durée déterminée (CDD) pour les personnes âgées de plus de 57 ans en recherche d'emploi depuis plus de 3 mois ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé (art. D. 322-24 et D. 322-25 du Code du travail).

2. Les interdictions de recours aux contrats à durée déterminée

Il est interdit de recourir aux contrats à durée déterminée pour :

- remplacer des salariés grévistes (art. L. 1242-6 du Code du travail) ;
- pour faire effectuer des travaux dangereux figurant sur une liste établie par arrêté ministériel, par exemple les activités de transformation ou de fabrication de matériaux contenant de l'amiante (art. L. 1242-6 du Code du travail). Des dérogations sont possibles dès lors que l'employeur s'engage à prendre des mesures particulières de prévention, notamment une formation appropriée à la sécurité ;
- pour faire face à un accroissement d'activité après un licenciement économique, pendant les six mois qui suivent le licenciement et sur le poste concerné par ce licenciement (les contrats pour accroissement d'activité d'une durée inférieure à trois mois et ceux conclus pour une commande à l'exportation échappent à cette interdiction – art. L. 1242-5 du Code du travail).

3. La durée du contrat à durée déterminée

Par définition, ce contrat doit être conclu pour une durée limitée. En principe, il doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Dans certaines circonstances, la date exacte de fin de contrat peut être ignorée de l'entreprise lors de la conclusion du contrat. Il est possible dans des hypothèses limitativement énumérées, de conclure des contrats à terme imprécis.

a. Contrat à terme précis

C'est un contrat dont le terme est fixé avec précision dès le départ (art. L. 1242-7 du Code du travail).

Certains contrats sont obligatoirement à terme précis : accroissement temporaire de l'activité, départ d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail, contrats au titre de la politique de l'emploi, CDD senior, contrat de tutorat.

Les autres contrats : remplacement, attente de l'entrée en service effective d'un salarié, contrats de saisonnier et d'usage peuvent être à terme précis ou imprécis.

Durée des contrats à terme précis : en principe dix-huit mois (exceptions : neuf mois pour l'attente d'entrée en service d'un salarié recruté sur contrat à durée indéterminée, travaux urgents, vingt-quatre mois pour le remplacement d'un salarié ayant quitté définitivement son poste avant suppression de celui-ci, contrat exécuté à l'étranger, commande exceptionnelle à l'exportation et huit mois pour les contrats de saisonnier) (art. L. 1242-8 du Code du travail).

b. Contrat à terme imprécis

Le contrat par essence est temporaire mais la date de fin de contrat n'est pas connue. Le terme du contrat sera le retour du salarié remplacé ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu (art. L. 1242-7 du Code du travail).

Il s'agit des contrats qui, dans la catégorie terme précis, peuvent être aussi à terme imprécis.

Dans ce cas, il y a obligation de fixer une période minimale durant laquelle employeur et salarié ne pourront rompre le contrat (exemple : en cas de remplacement pour maladie, elle peut correspondre à la durée de l'arrêt de travail).

c. Possibilité d'avancer le début du contrat ou de reporter son terme en cas de remplacement

En cas de remplacement de salarié absent ou dont le contrat est suspendu, que le contrat soit à terme précis ou imprécis, le contrat peut débuter avant l'absence du salarié remplacé pour une mise au courant, la durée de cette période varie en fonction du poste occupé (art. L. 1242-9 du Code du travail).

EXEMPLES

1. Une salariée comptable part en congé de maternité, sa remplaçante pourra se voir proposer un contrat à durée déterminée qui commencera une semaine avant le départ de la titulaire pour que celle-ci la mette au courant des dossiers et des méthodes de travail.

Le terme du contrat peut être reporté jusqu'au surlendemain du jour où le salarié remplacé reprend son poste (art. L. 1243-7 du Code du travail).

2. Au retour du congé de maternité de la comptable un lundi, la salariée en contrat à durée déterminée pourra rester jusqu'au mercredi pour qu'il y ait un travail commun entre ces deux personnes.

4. La forme et le contenu du contrat

Le contrat à durée déterminée est obligatoirement écrit, à défaut il est réputé à durée indéterminée (art. L. 1242-12 du Code du travail).

En cours de contrat, si l'un des éléments importants du contrat est modifié, il doit faire l'objet d'un avenant écrit.

Il doit comporter des mentions obligatoires notamment :

- le nom et la qualification du salarié ;
- le motif pour lequel il est conclu ;
- la date d'échéance du terme ;
- la période minimale en cas de terme imprécis ;
- la rémunération ;
- l'intitulé de la convention ;
- la caisse de retraite complémentaire et son adresse ;
- la période d'essai éventuelle (art. L. 1242-10) : pour un contrat supérieur à six mois, la période d'essai est d'un mois et pour un contrat inférieur ou égal à six mois, elle ne doit pas dépasser un jour par semaine dans la limite de deux semaines, par exemple :
 - un contrat de 11 semaines débutant le lundi 1^{er} mars, la période d'essai de 11 jours se terminera le jeudi 11 mars,
 - un contrat de 20 semaines, débutant le lundi 1^{er} mars, la période d'essai se terminera le dimanche 15 mars (période d'essai limitée à deux semaines).

La durée de la période d'essai exprimée en jour doit s'entendre comme exprimée en jours calendaires, et non en jours travaillés : la semaine comme la semaine civile et le mois comme le mois calendaire. Par exemple, pour un contrat de 10 semaines, la période d'essai éventuelle de 10 jours va commencer le lundi 1^{er} et se terminera le mercredi 10.

Une disposition conventionnelle ou contractuelle peut prévoir le contraire (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 02-45.701 et Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-40.464).

La durée de la période d'essai est calculée sur la période minimale pour le contrat à terme imprécis et sur la totalité du contrat pour le contrat à terme précis.

Lorsque le contrat comporte une période d'essai d'une semaine minimum, employeur et salarié doivent respecter un délai de prévenance en cas de rupture de cette période d'essai :

- pour une présence du salarié de sept. jours maximum : 24 heures de délai ;
- pour une présence entre huit jours et un mois : 48 heures de délai.

Le contrat à durée déterminée doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche (art. L. 1242-13 du Code du travail). La transmission tardive équivaut à une absence d'écrit.

L'employeur doit disposer d'un délai de deux jours ouvrables pleins. Le jour de l'embauche ne compte pas dans le délai, non plus que le dimanche qui n'est pas un jour ouvrable (Cass. soc., 29 oct. 2008, n° 07-41.842).

Le contrat doit impérativement être signé par l'employeur ou son représentant salarié. S'il ne comporte pas la signature du salarié, le contrat ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit. Il doit donc être réputé conclu pour une durée indéterminée (Cass. soc. 28 sep. 2011, n° 09-71.139).

Lorsque l'employeur peut prouver que le refus délibéré du salarié de signer son contrat est dû à sa mauvaise foi ou relève d'une intention frauduleuse, la requalification du CDD en CDI ne sera pas encourue. (Cass. soc., 7 mars 2012, n° 10-12.091)

5. Le renouvellement et la succession des contrats

Le contrat à durée déterminée venant à échéance, l'employeur a la possibilité de renouveler le contrat ou de conclure un nouveau contrat à durée déterminée.

a. Le renouvellement du contrat à durée déterminée

Seuls les contrats à terme précis peuvent être renouvelés une fois. La durée totale du contrat, renouvellement compris, ne doit pas dépasser la durée maximale prévue, à savoir 9, 18, 24 ou 36 mois (art. L. 1243-13 du Code du travail). Par exemple, un contrat à durée déterminée à terme précis, pour remplacement de salarié absent d'une durée de six mois, peut être renouvelé une fois dans la limite de douze mois (six mois plus douze mois = dix-huit mois).

Par exception, le CDD senior dont la durée est de 18 mois maximum, peut être renouvelé une fois pour atteindre 36 mois.

Le renouvellement consiste à prolonger avec le même salarié la période initiale. Il s'agit donc d'un seul et même contrat de travail.

Le renouvellement doit être fait impérativement par écrit avant le terme initialement prévu.

b. La succession de contrats à durée déterminée

On distingue la succession sur le même poste de travail et sur un autre poste de travail.

▄ Succession de contrats à durée déterminée sur un même poste de travail (avec le même salarié que celui qui a été titulaire du précédent contrat ou un autre salarié)

En principe, à l'expiration d'un contrat à durée déterminée, on ne peut recourir pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, ni à un contrat à durée déterminée, ni à un contrat temporaire, avec le même salarié ou avec un autre salarié, avant un délai égal au tiers de la durée

de ce contrat renouvellement compris, lorsque celui-ci est au moins égal à quatorze jours et avant un délai égal à la moitié de la durée du contrat lorsque celui-ci est inférieur à quatorze jours. Les délais de carence sont calculés en jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement (art. L. 1244-3 du Code du travail).

Dans l'esprit de la loi, ce sont des contrats ponctuels et leur succession pourrait installer les salariés dans une situation de précarité.

La notion de même poste s'apprécie en fonction de la nature des travaux confiés au salarié et si un salarié est amené, dans le cadre de contrats successifs, à effectuer le même travail dans des lieux distincts l'employeur est tenu de respecter le délai de carence entre chacun d'eux (Cass. soc., 31 oct. 1989, n° 86-43.137 et Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 00-40.445).

La durée du contrat servant de base au calcul du délai de carence s'apprécie toujours en jours calendaires.

EXEMPLES

1. Contrat du lundi 16 novembre au vendredi 27 novembre : 12 jours calendaires

Délai = 1/2 soit 6 jours

Contrat du lundi 16 novembre au vendredi 18 décembre : 33 jours calendaires

Délai = 1/3 soit 11 jours

L'appréciation du délai de carence se fait en jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné. Cette notion doit se comprendre comme s'agissant des jours d'activité de l'entreprise.

2. Entreprise ouverte du lundi au vendredi et un salarié travaillant du lundi au vendredi. Le délai de carence s'apprécie sur la période du lundi au vendredi.

Selon les cas, le délai sera décompté sur une référence de 5, 6 ou 7 jours.

1. Contrat du lundi 16 novembre au vendredi 27 novembre (entreprise ouvrant du lundi au vendredi) : délai de carence = 6 jours (1/2 de 12 jours)

Le délai commence le lundi 30 novembre (samedi et dimanche sont exclus) et se termine le lundi 6 décembre. Un nouveau contrat peut débuter le mardi 7 décembre.

2. Contrat du lundi 16 novembre au vendredi 27 novembre (entreprise ouvrant du lundi au samedi) : délai de carence = 6 jours

Le délai commence le samedi 28 novembre et se termine le vendredi 4 décembre.

Un nouveau contrat peut débuter le samedi 5 décembre.

Ce délai subit des exceptions. Il n'est pas applicable en cas de remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat est suspendu lorsqu'il y a nouvelle absence du salarié remplacé, par exemple contrat de trois mois pour remplacer un salarié malade, deux jours après son retour dans l'entreprise, il est à nouveau malade. Il pourra à nouveau être remplacé sans délai de carence (art. L. 1244-4 du Code du travail).

Il n'est pas applicable pour les travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité, en cas de contrat de saisonnier, de contrat d'usage, en cas de refus par le salarié du renouvellement de son contrat et en cas de rupture anticipée due au fait du salarié. Cette exception ne joue qu'à la condition que chacun des contrats ait été conclu pour l'un de ces motifs.

⇒ **Succession de contrats à durée déterminée sur un autre poste de travail (avec le même salarié)**

Si la relation contractuelle se poursuit à l'issue du terme d'un contrat à durée déterminée, celui-ci devient à durée indéterminée.

Si le contrat à durée déterminée est conclu pour remplacement, contrats d'usage ou de saisonnier il n'y a pas d'obstacle à la conclusion avec le même salarié de contrats à durée déterminée successifs (L. 1244-1 du Code du travail).

L'employeur ne doit pas abuser de cette possibilité. Ainsi, il y a contrat à durée indéterminée et non contrats à durée déterminée successifs lorsqu'un salarié conclut 22 contrats à durée déterminée, effectuant toujours des tâches identiques avec la même qualification pour remplacer des salariés absents. Le salarié a en réalité été embauché pour occuper durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise, motif interdit de recours au contrat à durée déterminée (Cass. soc., 29 sept. 2004, n° 02-43.249).

Le recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre est interdit (Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 05-42.632).

Pour les autres cas de recours (notamment l'accroissement temporaire) une circulaire du 30 octobre 1990 précise que le délai entre les contrats ne doit pas être trop bref, un certain délai devant être respecté. La durée de ce délai est laissée à l'appréciation de l'employeur.

6. La rupture du contrat à durée déterminée

Deux situations peuvent être distinguées :

a. La rupture anticipée

En cas de terme précis, il s'agit de la rupture avant le terme prévu au contrat.

En cas de terme imprécis, il s'agit de la rupture pendant la période minimale et au-delà de cette période, elle s'apprécie par rapport à la réalisation de l'objet.

Cette rupture se fait dans un cadre légal en cas d'accord des parties, faute grave, force majeure (art. L. 1243-1 du Code du travail), justification d'une embauche en contrat à durée indéterminée (art. L. 1243-2 du Code du travail), inaptitude constatée par le médecin du travail.

Toute autre rupture anticipée est illégale. En cas de rupture anticipée non justifiée par le salarié, l'employeur ouvre droit au versement de dommages et intérêts correspondants au préjudice subi (art. L. 1242-3 du Code du travail). En cas de rupture anticipée par l'employeur, le salarié ouvre droit au versement des rémunérations qui auraient été perçues jusqu'à la fin du contrat et éventuellement au versement de dommages et intérêts (art. L. 1242-4 du Code du travail).

b. L'arrivée du terme

Le contrat cesse automatiquement à l'arrivée du terme : en terme précis, la date indiquée dans le contrat et en terme imprécis le retour du salarié ou la réalisation de l'objet pour lequel le contrat a été conclu. Si, à l'expiration du terme, le contrat continue, celui-ci devient à durée indéterminée.

7. Les incidences financières

À l'issue du contrat, le salarié doit percevoir une indemnité de fin de contrat, destinée à compenser la précarité de l'emploi (art. L. 1243-8 du Code du travail). Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération brute totale perçue pendant la durée du contrat. La loi du 3 janvier 2003 permet à une convention collective ou à un accord de branche étendu ainsi qu'à un accord d'entreprise ou d'établissement de limiter à 6 % l'indemnité, à la condition de prévoir des contreparties facilitant l'accès à la formation professionnelle des salariés en contrat à durée déterminée. La Cour de cassation précise que l'employeur doit proposer au salarié un accès à la formation professionnelle pour bénéficier du taux de 6 % lorsqu'un accord l'autorise (Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-41.765).

Elle n'est pas due dans certains cas (art. L. 1243-10 du Code du travail) :

- en cas de rupture anticipée non justifiée du contrat par le salarié ou due à sa faute grave ou à un cas de force majeure ;
- lorsqu'à l'issue du contrat à durée déterminée, les relations contractuelles se poursuivent par un contrat à durée indéterminée ;
- en cas de refus par le salarié, à l'issue du contrat à durée déterminée, de signer un contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire avec une rémunération au moins équivalente.

Certains contrats n'ouvrent pas droit à son versement, par exemple les contrats de saisonnier, les contrats d'usage, les contrats dans le cadre de la politique de l'emploi, les contrats avec les jeunes pendant les vacances scolaires ou universitaires.

Le salarié doit également percevoir l'indemnité compensatrice de congés payés. Elle lui est versée au titre du travail effectivement accompli durant le contrat, et ce quelle qu'ait été la durée de celui-ci, dès lors que le régime des congés payés applicable dans l'entreprise ne lui permet pas de les prendre.

Elle est égale à un dixième de la rémunération brute totale perçue, indemnité de fin de contrat incluse.

8. Le statut des salariés sous contrat à durée déterminée

En principe le statut des salariés en contrat à durée déterminée est aligné sur celui des salariés en contrat à durée indéterminée. Les uns et les autres ayant, sauf exceptions, les mêmes droits et les mêmes obligations, que ce soit dans le statut individuel ou collectif (art. L. 1242-14 du Code du travail).

a. Statut individuel

- Rémunération équivalente à celle que percevrait un salarié lié par un contrat à durée indéterminée, de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions après sa période d'essai (art. L. 1242-15 du Code du travail).
- Avantages sociaux équivalents à ceux des salariés permanents, par exemple tickets restaurant.

b. Statut collectif

Les salariés sous contrat à durée déterminée bénéficient des mêmes droits collectifs que les autres salariés, que ce soit pour l'exercice du droit syndical ou pour les institutions représentatives du personnel, dès lors qu'ils répondent aux conditions requises d'ancienneté. Ils doivent être informés sur la liste des postes à pourvoir en contrat à durée indéterminée dans l'entreprise lorsqu'un tel dispositif d'information existe pour les salariés liés par un contrat à durée indéterminée.

9. Les conséquences d'une mauvaise application des textes

La loi du 12.07.90 a renforcé les sanctions civiles et créé des sanctions pénales.

a. Sanctions pénales

La méconnaissance des règles essentielles : cas de recours, durée et terme du contrat, absence de contrat écrit et de définition précise du motif, non transmission du contrat au salarié dans les deux jours suivant l'embauche, non-respect de l'égalité de rémunération avec un salarié en contrat à durée indéterminée de qualification équivalente et occupant des fonctions identiques expose l'employeur à des poursuites pénales (amende pouvant aller jusqu'à 3 750 € et en cas de récidive jusqu'à 7 500 € et/ou six mois d'emprisonnement).

b. Sanctions civiles

➡ La requalification en CDI

Lorsque les règles propres aux contrats à durée déterminée sont violées, le contrat est présumé avoir été conclu pour une durée indéterminée (art. L. 1245-1 et L. 1245-2 du Code du travail). Il s'agit notamment :

- de l'absence d'écrit, absence de transmission du contrat dans les 2 jours ouvrables de l'embauche ;
- de l'absence de mentions obligatoires, tels le motif, le terme ;
- du dépassement illicite de la durée du contrat ;
- du non-respect du délai de carence.

Cette requalification se fait par une procédure accélérée directement devant le bureau de jugement du conseil des prud'hommes qui doit statuer dans un délai d'un mois suivant sa saisine.

▀ Le versement d'une indemnité

Dans le cas où le tribunal fait droit à la demande du salarié, il doit accorder à la charge de l'employeur une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (art. L. 1245-1 et L. 1245-2 du Code du travail).

10. Taxation des CDD

Depuis le 1^{er} juillet 2013, les CDD conclus pour surcroît d'activité de moins de 3 mois et les CDD d'usage ont des cotisations chômage patronales majorées (Loi de sécurisation de l'emploi).

B. LE TRAVAIL TEMPORAIRE

Le travail temporaire se caractérise par l'établissement d'une relation tripartite entre l'employeur (l'entreprise de travail temporaire), le salarié envoyé en mission et l'entreprise utilisatrice.

Le travail temporaire n'est pas défini par la loi en tant que tel. C'est l'entrepreneur de travail temporaire qui l'est de la façon suivante :

« Est entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre des salariés à la disposition provisoire d'utilisateurs, qu'en fonction d'une qualification convenue, elle embauche et rémunère à cet effet. »

C. trav., art. L. 1251-2.

C'est une des seules pratiques licites de prêt de main-d'œuvre à but lucratif (art. 1251-3 du Code du travail).

Le travail temporaire se caractérise par l'établissement d'une relation tripartite entre l'employeur (l'entreprise de travail temporaire), le salarié envoyé en mission et l'entreprise utilisatrice.

En réalité, le salarié intérimaire travaille dans une entreprise (entreprise utilisatrice) dont il n'est pas salarié et est salarié d'une entreprise (entreprise de travail temporaire) où il ne travaille pas.

Il faut préciser que la loi du 12 juillet 1990 a harmonisé la législation sur le travail temporaire et celle sur les contrats à durée déterminée, aussi bien au niveau des cas de recours qu'au niveau des durées.

1. Les motifs de recours et les interdictions

Ce sont les mêmes que pour les contrats à durée déterminée.

2. La durée du contrat de mission

Le contrat de mission est conclu pour une durée limitée. En principe, il doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion. Dans certains cas (similaires à ceux des contrats à durée déterminée), on peut conclure des contrats à terme imprécis (art. L. 1251-11).

La mission à terme précis peut être renouvelée une fois dans la limite maximale de dix-huit mois (sauf exceptions similaires à celles des contrats à durée déterminée) (art. L. 1251-12 et L. 1251-35 du Code du travail).

On retrouve donc la notion de contrat à terme précis et à terme imprécis.

Il faut noter que ces contrats peuvent voir leur terme avancé ou reporté à raison d'un jour pour cinq jours de travail. Cet aménagement doit être prévu au contrat et ne peut avoir pour effet de réduire la durée initiale de la mission de plus de dix jours de travail, ni d'entraîner un dépassement de la durée maximale fixée par la loi. Pour les missions inférieures à dix jours de travail, le terme ne peut être avancé ou reporté que de deux jours (art. L. 1251-30 du Code du travail).

EXEMPLE

Contrat débutant le lundi 2 mars à raison de cinq jours de travail par semaine, la date d'expiration du contrat mentionnée au contrat étant le vendredi 27 mars au soir.

La mission se compose de cinq jours de travail × 4.

Si l'utilisateur s'aperçoit, vers le 18 mars, que l'objet de la mission n'a plus lieu d'être, il pourra mettre fin à la mission quatre jours plus tôt, c'est-à-dire le lundi 23 mars au soir.

3. La forme et le contenu des contrats

La relation tripartite qui s'instaure exige deux contrats :

- **Un contrat de mise à disposition** entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire qui est un contrat commercial. Contrat écrit pour chaque salarié détaché, qui doit être établi au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant la mise à disposition et qui doit comporter un certain nombre de mentions : le motif pour lequel il est fait appel à ce type de contrat, la date de la fin de mission, la qualification, la rémunération et le lieu de la mission (art. L. 1251-42, L. 1251-43 et L. 1251-4 du Code du travail) ;
- **Un contrat de mission qui est un contrat de travail** entre l'entreprise de travail temporaire et l'intérimaire. Contrat écrit, adressé au travailleur temporaire au plus tard dans les deux jours ouvrables qui suivent sa mise à disposition.

Ce contrat doit obligatoirement comporter la reproduction des clauses et mentions figurant sur le contrat de mise à disposition, la qualification, les modalités de la rémunération, l'éventuelle période d'essai qui ne doit pas excéder :

- 2 jours si le contrat est conclu pour une durée inférieure ou égale à un mois ;
- 3 jours pour une durée comprise entre un mois et 2 mois ;
- 5 jours au-delà (art. L. 1251-14 du Code du travail).

L'obligation d'un écrit étant d'ordre public, son omission entraîne la nullité du contrat en tant que contrat de travail temporaire et il doit alors être considéré comme contrat de droit commun ; celui-ci devient à durée indéterminée.

Le salarié qui s'est délibérément abstenu de signer le contrat de mission, ne peut se prévaloir de sa propre faute pour solliciter la requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée (Cass. soc., 11 mars 2009, n° 07-44433 et Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-45.552).

4. La succession de missions de travail temporaire

Selon les articles L. 1251-36 et L. 1251-37 du Code du travail :

« À l'expiration du contrat de mission d'un salarié intérimaire, il ne peut être recouru, pour pourvoir le poste, à un salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée du contrat de mission venu à expiration, renouvellement inclus si la durée de ce contrat est au moins égale à quatorze jours et avant l'expiration d'une période égale à la moitié de la durée du contrat, renouvellement inclus, si la durée de ce contrat est inférieure à quatorze jours. »

Cette règle est la même que celle examinée préalablement pour les contrats à durée déterminée, les exceptions également (nouvelle absence, etc.).

5. La rupture du contrat de mission

Deux situations peuvent être distinguées comme pour les contrats à durée déterminée.

a. La rupture anticipée

Celle-ci est le fait de l'entreprise de travail temporaire (employeur) ou du salarié intérimaire.

Elle peut se faire dans le cadre légal pour faute grave, force majeure ou justification d'une embauche en contrat à durée indéterminée et toute autre forme de rupture entraîne l'obligation pour l'entreprise de travail temporaire de proposer un nouveau contrat de mission au salarié. Ce

nouveau contrat ne devant pas comporter de modifications importantes en ce qui concerne la qualification, la rémunération, l'horaire de travail et le temps de transport (art. L. 1251-26 du Code du travail).

Le salarié qui rompt le contrat prématurément sans justification pourra se voir condamner à verser des dommages et intérêts à l'entreprise de travail temporaire (art. L. 1251-28 du Code du travail).

b. L'arrivée du terme

Les dispositions sont les mêmes que pour les contrats à durée déterminée.

6. Les incidences financières

L'indemnité de fin de mission est égale à 10 % de la rémunération brute totale perçue, les cas d'exonération sont en principe les mêmes que pour les contrats à durée déterminée.

Il faut en effet préciser que les partenaires sociaux du travail temporaire ont signé un accord d'interprétation (9 juin 1998) confirmant le droit à cette indemnité pour les contrats saisonniers, d'usage et les missions effectuées par les jeunes pendant les vacances mais la loi relative au dialogue social (mai 2004) précise que pour les contrats de saisonnier et d'usage, un accord d'entreprise ou d'établissement peut la supprimer.

L'indemnité de congés payés est égale à un dixième de la rémunération brute totale perçue, indemnité de fin de mission incluse.

7. Le statut des salariés

L'entreprise utilisatrice, bien qu'elle ne soit pas l'employeur du salarié temporaire, exerce un pouvoir de direction et de contrôle du déroulement de la mission.

En contrepartie, le salarié bénéficie des mêmes droits et avantages que les salariés de l'entreprise utilisatrice, par exemple il bénéficie de la restauration de celle-ci (tickets restaurant).

Sa rémunération doit être équivalente à celle qu'aurait perçue un salarié de l'entreprise utilisatrice pour un même poste de travail, à qualification égale.

En ce qui concerne le statut collectif, les salariés temporaires peuvent participer à la désignation des représentants du personnel (délégués du personnel et comité d'entreprise) de l'entreprise de travail temporaire.

Pour être électeurs, ils doivent avoir une ancienneté d'au moins trois mois au cours des douze mois précédents et pour être éligibles, six mois d'ancienneté au cours des dix-huit mois précédant la confection des listes.

Au sein de l'entreprise utilisatrice, ils peuvent faire présenter leurs réclamations concernant la rémunération et les conditions de travail par les délégués du personnel de celle-ci.

L'entreprise utilisatrice doit informer les salariés intérimaires de la liste des postes à durée indéterminée à pourvoir dans l'entreprise lorsqu'un tel dispositif existe pour les salariés, liés par un contrat à durée indéterminée.

8. Les conséquences d'une mauvaise application des textes

Le salarié intérimaire peut obtenir la requalification de son contrat d'intérim en contrat à durée indéterminée :

- Lorsque l'entreprise utilisatrice continue à le faire travailler après la fin de la mission sans nouveau contrat de mission (art. L. 1251-39 du Code du travail).
- Lorsque le recours ne repose pas sur un motif légitime (art. L. 1251-40 du Code du travail).
- En cas de violation des règles relatives à la durée de la mission, à son renouvellement et à l'aménagement de son terme.

L'action en requalification peut être intentée à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire ainsi qu'à l'encontre de l'entreprise utilisatrice.

Des sanctions pénales similaires à celles prévues pour les contrats à durée déterminée peuvent être infligées (art. L. 1254-2 à L. 1254-10 du Code du travail).

II. LE TRAVAIL À TEMPS PARTIEL

La législation sur le temps partiel date de 1981 et a fait l'objet de nombreuses réformes depuis cette date.

La dernière réforme date de la loi du 19.01.2000 (applicable à compter du 01.02.2000) relative à la réduction négociée du temps de travail, dite loi Aubry II qui modifie la définition et le régime du travail à temps partiel.

A. DÉFINITION DU TEMPS PARTIEL

Jusqu'à la loi Aubry II, étaient considérés à temps partiel les salariés qui accomplissaient un travail d'une durée inférieure d'au moins un cinquième à la durée légale du travail ou à la durée conventionnelle si elle était inférieure (ordonnance de mars 1982).

Désormais, sont considérés comme salariés à temps partiel, les salariés dont la durée du travail est inférieure à la durée légale du travail ou à la durée du travail fixée conventionnellement lorsque celle-ci est inférieure à la durée légale (art. L. 3123-1 du Code du travail).

En élargissant la définition du travail à temps partiel, la loi Aubry II met le droit français en conformité avec une directive européenne du 15 décembre 1997 (n° 97.81).

Ainsi un salarié dont la durée du travail est inférieure ne serait-ce que de quinze minutes à la durée légale ou conventionnelle est considéré comme salarié à temps partiel.

Le calcul de la durée du travail peut s'effectuer dans le cadre hebdomadaire, mensuel ou annuel.

Lorsqu'il n'y a pas de durée conventionnelle inférieure, est horaire à temps partiel tout horaire inférieur à 35 heures hebdomadaires, à 152 heures mensuelles ou 1 607 heures annuelles.

En principe à partir du 1^{er} janvier 2014, la durée minimale de travail d'un salarié à temps partiel sera de 24 heures par semaine (sauf pour les salariés des particuliers employeurs et ceux de moins de 26 ans poursuivant leurs études). Par accord de branche ou à la demande du salarié pour des raisons personnelles, il sera possible de déroger à cette durée minimale si les horaires du salarié sont regroupés par journée ou demi-journée régulière ou complète (Loi de sécurisation de l'emploi).

B. LA MISE EN ŒUVRE DU TEMPS PARTIEL

La loi Aubry II prévoit que le temps partiel peut être mis en place selon trois modalités différentes (art. L. 3123-2 du Code du travail) :

- sur la base d'une convention ou d'un accord de branche étendu, d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement ;
- ou en l'absence d'accord collectif, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel ; cet avis doit être transmis à l'inspecteur du travail dans un délai de quinze jours ;
- ou en l'absence de représentation du personnel, à l'initiative de l'employeur ou à la demande des salariés. Dans les deux cas, l'inspecteur du travail doit être informé.

L'accès au temps partiel se fait sur la base du volontariat :

« Le refus par un salarié de travailler à temps partiel ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement. »

C. trav., art. L. 3123-4.

Le salarié peut demander à accéder au temps partiel

- En présence d'une convention, d'un accord collectif étendu ou d'entreprise ou d'établissement, ceux-ci doivent prévoir (art. L. 3123-5 du Code du travail) :
 - les modalités du passage des emplois à temps complet vers le temps partiel et vice-versa ;
 - la procédure de demande du salarié ;
 - le délai de réponse de l'employeur, et en cas de refus, les raisons objectives de celui-ci.
- En l'absence d'accord collectif le salarié adresse sa demande au chef d'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception, en précisant la durée du travail souhaitée et la date envisagée pour la mise en œuvre du nouvel horaire. La demande doit être adressée 6 mois au moins avant cette date (art. L. 3123-6 du Code du travail).

Le chef d'entreprise est tenu de répondre par lettre recommandée avec accusé de réception dans un délai de trois mois.

Il peut refuser :

- en justifiant de l'absence d'emplois disponibles ressortissant de la catégorie professionnelle du salarié ou de l'absence d'emploi équivalent ;
- ou en démontrant que le changement demandé aurait des conséquences préjudiciables à la production et à la bonne marche de l'entreprise.

Dans certains cas, le salarié peut exiger de l'employeur de travailler à temps partiel, par exemple dans le cas du congé parental d'éducation.

C. LA FORME DU CONTRAT

Le contrat à temps partiel, qu'il soit à durée indéterminée ou déterminée, doit être obligatoirement écrit (art. L. 3123-14 du Code du travail).

En l'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel, ce contrat est présumé conclu pour un horaire normal.

Il s'agit d'une présomption simple. C'est à l'employeur et non au salarié qu'il incombe d'apporter la preuve contraire et d'établir l'existence d'un contrat de travail à temps partiel (Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-45.836).

Le contrat doit mentionner :

- La qualification du salarié.
- Les éléments de la rémunération.
- La durée hebdomadaire ou mensuelle ou le cas échéant annuelle du travail.
- La répartition des horaires entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (en l'absence d'indication dans le contrat à temps partiel de la durée exacte de travail convenue et de sa répartition sur la semaine ou le mois, le contrat est présumé avoir été conclu à temps complet : Cass. soc., 21 mars 2012, n° 10-23.650).
- Les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification.
- Les conditions de la modification éventuelle de cette répartition, celle-ci devant être notifiée au salarié au moins sept. jours avant ; ce délai pouvant être réduit par convention ou accord collectif de branche étendu ou accord d'entreprise ou d'établissement à un minimum de trois jours ouvrés (art. L. 3123-21 et L. 3123-22 du Code du travail). Le salarié peut refuser ce changement de répartition lorsque les nouveaux horaires ne sont pas compatibles avec des obligations familiales impérieuses, ou le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, ou une période d'activité fixée chez un autre employeur, ou avec une activité professionnelle non salariée.
- Les limites dans lesquelles peuvent être effectuées des heures complémentaires. Ces heures sont plafonnées à 10 % de la durée prévue au contrat, par exemple pour un contrat de 20 heures hebdomadaires, le quota d'heures complémentaires est de 2 heures. Par voie de la négociation de branche et en vertu d'un accord ou d'une convention de branche étendue ou accord d'entreprise ou d'établissement, ce quota de 10 % peut être porté au tiers du contrat initial. Dans ce cas, chacune des heures complémentaires effectuées au-delà du 1/10^e de l'horaire contractuel donne lieu à une majoration de 25 % du taux horaire (art. L. 3123-17, L. 3123-18 et L. 3123-22 du Code du travail).

Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail effectuée par un salarié à temps partiel à un niveau égal ou supérieur à la durée légale du travail ou à la durée conventionnelle si celle-ci est inférieure (art. L. 3123-17 du Code du travail).

À défaut, le contrat est requalifié en contrat à temps plein.

En principe, les heures complémentaires effectuées dans la limite de 10 % de la durée prévue au contrat et sans dépasser le tiers de cette durée seront majorées à partir du 1^{er} janvier 2014 de 10 % minimum – les heures complémentaires au-delà du tiers restent majorées à 25 % (Loi de sécurisation de l'emploi).

D. LA RÉPARTITION DES HORAIRES

La répartition des horaires est fixée par les parties au sein de chaque journée (art. L. 3123-14 du Code du travail), dans le cadre hebdomadaire, mensuel ou éventuellement annuel.

Depuis la loi Aubry II, l'annualisation par contrat individuel de travail qui permettait de faire alterner depuis 1993 des périodes de travail et des périodes sans travail a été supprimée. Cette possibilité existe uniquement pour les salariés qui en font la demande en raison des besoins de la vie familiale, et qui peuvent ainsi réduire le temps de travail sous forme d'une ou plusieurs périodes de repos supplémentaire d'au moins une semaine, notamment pendant les congés scolaires (art. L. 3123-7 du Code du travail).

Comme corollaire à la disparition du temps partiel annualisé, la loi Aubry II a rétabli l'ancien dispositif de l'intermittence qui avait été supprimé par une loi du 20 décembre 1993.

Les contrats intermittents sont à durée indéterminée et comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. Ils ne sont admis que dans des secteurs professionnels énumérés par décret, par exemple les organismes de formation, les transports routiers, et supposent soit une convention ou un accord collectif étendu, soit un accord d'entreprise ou d'établissement.

La loi du 20 août 2008 (n° 2008-789), dans son volet consacré à la durée du travail, prévoit qu'il est possible, par accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, d'organiser le temps de travail à temps partiel, sur une période de plusieurs semaines pouvant aller jusqu'à l'année.

Ce texte de loi supprime la modulation du travail à temps partiel prévue par l'ancien article L. 3123-25.

Dans le cadre de ce dispositif, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, n'est plus une clause obligatoire du contrat de travail pour les salariés relevant d'un accord collectif tel que prévu à l'article L. 3122-2 du nouveau Code du travail.

Les partenaires sociaux doivent donc définir, dans l'accord collectif, les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

Ce dispositif implique que l'horaire à temps partiel sera amené à évoluer tout au long de la période de référence, en fonction des semaines hautes, basses ou moyennes prévues par l'accord.

D'une part, il faut préciser que les horaires de travail des salariés à temps partiel doivent compter une seule interruption d'activité ne dépassant pas deux heures au cours d'une même journée (sauf convention ou accord de branche étendu ou accord d'entreprise ou d'établissement disposant autrement, moyennant des contreparties spécifiques) (art. L. 3123-16 du Code du travail).

D'autre part, lorsque pendant une période de 12 semaines consécutives ou pendant 12 semaines au cours d'une période de 15 semaines ou sur la période prévue par un accord collectif en application de l'article L. 3122-2 si elle est supérieure, l'horaire moyen réellement accompli par un salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine ou de l'équivalent mensuel de cette durée l'horaire prévu à son contrat, celui-ci est modifié sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé (art. L. 3123-15 du Code du travail).

L'horaire modifié est égal à l'horaire antérieurement fixé, auquel est ajoutée la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement accompli. Par conséquent, l'appréciation des 12 semaines pourra se faire sur 15 semaines, voire plus, si la période de référence est supérieure à 15 semaines.

E. LE STATUT DES SALARIÉS À TEMPS PARTIEL

Les salariés employés à temps partiel bénéficient des mêmes droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et accords collectifs d'entreprise ou d'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif (art. L. 3123-11 du Code du travail).

Ce qui veut dire que leur rémunération doit être strictement proportionnelle à celle d'un salarié à temps complet de même qualification (art. L. 3123-10 du Code du travail), y compris les primes (sauf exceptions).

Les droits liés à l'ancienneté sont décomptés comme s'ils avaient travaillé à temps complet, par exemple préavis de licenciement (art. L. 3123-10 du Code du travail).

La durée de leurs congés payés est la même que celle des travailleurs à temps complet.

Dans le cadre de la représentation du personnel, ils sont électeurs et éligibles comme les salariés à temps plein et peuvent être désignés comme représentants syndicaux.

Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou, à défaut, dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. La priorité d'emploi s'applique qu'il s'agisse d'un emploi permanent ou temporaire (contrat à durée déterminée), d'un emploi à temps plein ou qui accroît le temps de travail du salarié à temps partiel (Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06 46.292).

La liste des emplois disponibles correspondants est portée à la connaissance des salariés intéressés (art. L. 3123-8 du Code du travail).

III. LES CONTRATS DE TRAVAIL PARTICULIERS

Afin de favoriser l'embauche des publics en difficulté, notamment les chômeurs de longue durée et les jeunes, des contrats de type particulier liés aux politiques de l'emploi ont été créés depuis 1983.

Ces différents contrats ont fait l'objet de nombreux remaniements et changements au fil des ans.

A. LES CONTRATS DE FORMATION EN ALTERNANCE

1. Le contrat d'apprentissage

C'est un contrat d'éducation alternée par lequel l'employeur s'engage à verser un salaire et assurer une formation professionnelle à un jeune travailleur qui, en retour, s'engage à travailler et suivre la formation dispensée en centre de formation d'apprentis (CFA) et en entreprise (art. L. 6221-1 du Code du travail).

Ce contrat a pour objectif de donner à des jeunes de 16 à moins de 26 ans, une formation générale théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme de l'enseignement professionnel ou technologique du second degré ou du supérieur ou par un titre d'ingénieur. Sa durée peut varier entre un et trois ans, en fonction du type de profession et du niveau de qualification préparés (par dérogation variation possible de 6 mois à 4 ans).

La loi relative à « la formation tout au long de la vie » d'avril 2004, prévoit qu'il est possible de déroger à la limite d'âge de 26 ans dans quatre cas :

- le contrat proposé fait suite à un contrat d'apprentissage précédemment souscrit et conduit à un diplôme de niveau supérieur à celui obtenu à l'issue du précédent contrat ;
- lorsqu'il y a eu rupture du contrat pour des causes indépendantes de la volonté de l'apprenti ou incapacité physique temporaire ;
- le travailleur est handicapé ;
- l'intéressé a un projet de création ou reprise d'entreprise dont la réalisation est subordonnée à l'obtention du diplôme ou titre sanctionnant la formation poursuivie.

Toute entreprise peut engager un apprenti dès lors que l'employeur procède à une déclaration notifiée à l'organisme consulaire dont elle dépend (chambre des métiers, de commerce ou de l'agriculture).

Le jeune est placé sous la responsabilité d'un maître d'apprentissage. La formation en CFA est de 400 heures minimum par an.

Le contrat de travail est écrit, enregistré à la chambre consulaire et, passé un délai de deux mois, ne pourra plus être résilié que par accord des parties ou prononcé par le Conseil des prud'hommes en cas de faute grave d'une des parties, manquement d'une des parties à ses obligations ou d'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier.

L'apprenti perçoit une rémunération déterminée en pourcentage du salaire minimum de croissance, variant en fonction de l'âge du jeune, de son ancienneté dans le contrat et de sa progression dans le ou les cycles de formation (entre 25 % et 78 % du SMIC).

Le contrat ouvre droit à une indemnité compensatrice forfaitaire versée par la Région et bénéficie d'un régime d'exonération de charges sociales financé par l'État (qui varie suivant l'effectif de l'entreprise).

Découverte du monde de l'entreprise

La loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie du 24 novembre 2009 a mis en place un dispositif d'initiation aux métiers en alternance (DIMA) correspondant à un projet d'entrée en apprentissage (Décret n° 2010-1780 du 31 décembre 2010). Ce dispositif a été étendu aux jeunes de moins de 15 ans et à ceux ayant achevé le cycle du collège, quel que soit leur âge, par une loi du 28 juillet 2011.

Les centres de formation des apprentis (CFA) peuvent accueillir, pour une durée d'un an maximum, des élèves ayant atteint l'âge de 15 ans pour leur permettre de suivre, sous statut scolaire, une formation en alternance destinée à leur faire découvrir un environnement professionnel correspondant à un projet d'entrée en apprentissage. À tout moment, l'élève peut soit signer un contrat d'apprentissage, sous la réserve d'avoir 16 ans révolus ou d'avoir suivi le dernier cycle du collège, soit reprendre sa scolarité.

2. L'insertion en alternance : le contrat de professionnalisation

Ce contrat a été créé par la loi sur « la formation tout au long de la vie et le dialogue social » de mai 2004.

Ce contrat d'insertion en alternance doit permettre aux jeunes (16 à moins de 26 ans) et aux demandeurs d'emploi (26 ans et plus) d'acquérir une qualification reconnue en vue de favoriser leur insertion ou réinsertion professionnelle (art. L. 6325-1 du Code du travail).

Il peut également être conclu avec :

- les bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique (ASS) ;
- les bénéficiaires de l'allocation pour les adultes handicapés (AAH) ;
- les personnes ayant bénéficié d'un contrat unique d'insertion.

Il peut être conclu par tout employeur assujetti au financement de la formation professionnelle continue, à l'exception de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif.

Ce contrat peut être à durée indéterminée ou déterminée. Le contrat à durée déterminée ou la période de professionnalisation en cas de contrat à durée indéterminée a une durée comprise entre 6 et 12 mois.

Cette durée minimale peut être allongée jusqu'à 24 mois, notamment pour les personnes sorties du système éducatif sans qualification professionnelle reconnue, les jeunes sans qualification, les publics en difficulté ou lorsque la nature des qualifications visées l'exige.

Le contrat est écrit et adressé à l'OPCA (Organismes paritaires collecteurs agréés) à fin d'enregistrement, au plus tard dans les 5 jours qui suivent le début du contrat et ensuite déposé à la DIRECCTE par l'OPCA.

L'employeur s'engage à assurer une formation permettant d'acquérir une qualification professionnelle. Les actions d'évaluation et d'accompagnement, les enseignements généraux, professionnels et technologiques dispensés sont mis en œuvre par un organisme de formation ou par l'entreprise elle-même. Ces actions sont d'une durée au moins égale à 15 % de la durée totale du contrat ou de la période de professionnalisation sans être inférieure à 150 heures et pouvant être portée à 25 % et au-delà.

La durée minimale de la formation d'une personne en contrat de professionnalisation peut dépasser 25 % de la durée de son CDD ou de la période de professionnalisation de son CDI lorsque ce bénéficiaire fait partie des publics les plus éloignés de l'emploi ou des jeunes sans qualification. Dans ce cas, il faut qu'un accord de branche (à défaut, un accord entre les organisations représentatives d'employeurs et les salariés signataires de l'accord constitutif d'un OPCA interprofessionnel des fonds de la formation professionnelle) le prévoit pour ces salariés.

L'employeur peut désigner un salarié qualifié de l'entreprise comme tuteur, ou assurer lui-même la fonction, s'il remplit les conditions.

La rémunération versée aux jeunes âgés de moins de 26 ans est calculée en fonction du SMIC (55 à 80 %) et varie en fonction de l'âge du bénéficiaire et du niveau de sa formation. Celle versée aux salariés de plus de 26 ans ne peut être inférieure au SMIC, ni à 85 % de la rémunération minimale conventionnelle.

Ce contrat ouvre droit, sous certaines conditions, à exonération de cotisations patronales de Sécurité sociale pour la partie du salaire n'excédant pas le SMIC par le nombre d'heures rémunérées dans la limite de la durée légale ou conventionnelle du travail.

Cette exonération s'applique à tout employeur (sauf l'État, les collectivités locales et les EPA) et aux demandeurs d'emploi de plus de 45 ans. Elle porte sur les cotisations dues jusqu'à la fin du contrat à durée déterminée ou de la période de professionnalisation pour un contrat à durée indéterminée.

Des aides sont versées pour toute embauche, en contrat de professionnalisation, des demandeurs d'emploi âgés de 26 ans et plus ayant des difficultés d'insertion dans un emploi durable, auxquelles s'ajoute une aide pour l'embauche de demandeurs d'emploi de 45 ans et plus. Ces aides sont soumises à conditions.

B. LES AUTRES CONTRATS AVEC FORMATION

1. Le contrat unique d'insertion

Le contrat unique d'insertion (CUI) est le cadre légal depuis le 1^{er} janvier 2010 de deux dispositifs, dont les régimes juridiques ont été rapprochés (loi 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008, JO du 3). Il a été à nouveau modifié par la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 (JO du 27).

Il s'agit du :

- contrat d'accompagnement dans l'emploi (CUI-CAE) pour les employeurs du secteur non marchand ;
- contrat initiative-emploi (CUI-CIE) pour les employeurs du secteur marchand.

Le contrat unique d'insertion (CUI) a pour objet de faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi.

a. Les employeurs concernés

Le CUI-CAE : les collectivités territoriales, les établissements publics, les organismes de droit privé à but non lucratif (associations) et les personnes morales chargées de la gestion d'un service public.

Le CUI-CIE : les employeurs cotisant au régime d'assurance chômage.

b. Les bénéficiaires

Le CUI s'adresse aux personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'accès à l'emploi.

c. La procédure

Le CUI est un contrat de travail conclu entre un employeur et un salarié, au titre duquel est attribuée une aide à l'insertion professionnelle.

La décision d'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle est prise :

- soit, pour le compte de l'État, notamment par Pôle emploi ;
- soit par le président du conseil général lorsque cette aide concerne un bénéficiaire du RSA financé par le département.

La demande d'aide est établie sur un formulaire réglementaire signé par l'employeur (ou son représentant), le salarié et le prescripteur (l'État ou le conseil général, ou l'institution ou l'organisme qui les représente), la signature de ce dernier valant décision d'attribution.

d. La conclusion d'un contrat

Le contrat est un contrat de travail de droit privé à durée indéterminée ou à durée déterminée.

La durée du contrat ne peut être inférieure à 6 mois (ou 3 mois pour les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation et bénéficiant d'un aménagement de peine).

Le contrat de travail associé à une convention individuelle de CUI conclu pour une durée déterminée peut être prolongé dans la limite d'une durée totale de 24 mois, ou de 5 ans pour les salariés âgés de 50 ans et plus, bénéficiaires du RSA, de l'ASS, de l'ATA ou de l'AAH, ainsi que pour les personnes reconnues travailleurs handicapés.

e. La durée du travail

La durée hebdomadaire du travail du titulaire d'un CUI ne peut être inférieure à 20 heures, sauf dans le cas d'un CUI-CAE, lorsque la décision d'attribution de l'aide le prévoit en vue de répondre aux difficultés particulièrement importantes de l'intéressé.

Le salarié en CUI est un salarié à part entière, il bénéficie des mêmes conditions de travail que les autres salariés de l'entreprise. Il bénéficie également de l'ensemble des dispositions des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise. Il doit être rémunéré conformément aux dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Cette rémunération ne peut être inférieure au SMIC.

g. L'accompagnement du salarié

Le CUI comporte des dispositions en matière d'accompagnement et de suivi, destinées à favoriser l'insertion durable dans l'emploi de ses bénéficiaires :

- Le CUI-CAE comporte des actions d'accompagnement professionnel et prévoit obligatoirement des actions de formation professionnelle ou de validation des acquis de l'expérience nécessaires à la réalisation du projet professionnel de son titulaire. Il peut également prévoir une ou des périodes d'immersion auprès d'un autre employeur du secteur marchand.

- Le CUI-CIE comporte des actions d'accompagnement professionnel. Les actions de formation nécessaires à la réalisation du projet professionnel de son titulaire peuvent être mentionnées dans la demande d'aide à l'insertion professionnelle.

Les actions de formation sont menées dans le cadre des dispositifs de droit commun d'accès des salariés à des actions de formation professionnelle continue (plan de formation, congé individuel de formation, droit individuel à la formation, périodes de professionnalisation, etc.).

Dès la transmission de la demande d'aide à l'insertion professionnelle, l'employeur désigne un tuteur parmi les salariés qualifiés et volontaires pour assumer cette fonction.

Une attestation d'expérience professionnelle est établie par l'employeur et remise au salarié à sa demande ou au plus tard un mois avant la fin du contrat.

h. Aides financières

Une aide à l'insertion professionnelle est attribuée au titre d'un CUI qui ne peut excéder 95 % du montant brut du Smic par heure travaillée, dans la limite de la durée légale hebdomadaire du travail pour le CUI-CAE et 47 % pour le CUI-CIE.

Le CUI-CAE ouvre droit à une exonération de certaines charges patronales.

Pendant la durée d'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle, les bénéficiaires des CUI ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'effectif (sauf accident du travail et maladie professionnelle).

2. Les emplois d'avenir

Les emplois d'avenir ont été créés par la loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 afin de proposer des solutions d'emploi aux jeunes sans emploi peu ou pas qualifiés, de leur ouvrir l'accès à une qualification et à une insertion professionnelle durable.

a. Les employeurs concernés

Les collectivités territoriales, les établissements publics, les organismes de droit privé à but non lucratif (associations), les personnes morales chargées de la gestion d'un service public, les structures d'insertion par l'activité économique, les groupements d'employeurs organisant des parcours d'insertion et de qualification.

Par exception, sont également éligibles à l'aide à l'emploi d'avenir, dès lors qu'ils proposent une perspective de qualification et d'insertion professionnelle durable et qu'ils appartiennent à un secteur d'activité présentant un fort potentiel de création d'emplois ou offrant des perspectives de développement d'activités nouvelles des employeurs tels les employeurs privés (assujettis à l'assurance chômage).

b. Les bénéficiaires

L'emploi d'avenir s'adresse à des jeunes de 16 à 25 ans ou travailleurs handicapés de moins de 30 ans particulièrement éloignés de l'emploi, en raison de leur défaut de formation ou de leur origine géographique.

c. Les secteurs de mise en œuvre

Les emplois d'avenir sont développés dans des activités présentant un caractère d'utilité sociale ou environnementale ou ayant un fort potentiel de création d'emplois et susceptibles d'offrir des perspectives de recrutements durables, par exemple les filières vertes et numériques, le secteur social et médico-social.

d. Les caractéristiques du contrat de travail

Les emplois d'avenir s'inscrivent dans le cadre juridique du contrat unique d'insertion (CUI) :

- Collectivités territoriales et leurs groupements, autres personnes morales de droit public : CUI-CAE à durée déterminée, d'au moins 12 mois et d'au plus 36 mois.

- Autres employeurs susceptibles de recruter dans le cadre d'un emploi d'avenir (associations, groupements d'employeurs, personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public, etc.) :
 - CUI-CAE si l'employeur appartient au secteur non-marchand ;
 - ou CUI-CIE si l'employeur appartient au secteur marchand. Dans ce cas, le contrat de travail associé à un emploi d'avenir peut être conclu pour une déterminée ou indéterminée.

e. La durée du travail

En principe (sauf exception), il s'agit d'un temps plein.

f. Le statut

Les titulaires d'un emploi d'avenir sont salariés à part entière, bénéficiant de toutes les dispositions légales et conventionnelles attachées à ce statut. Le salaire est au moins égal au Smic.

Ils ne sont pas pris en compte dans les effectifs pendant la durée d'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle associée à ce contrat, sauf tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

g. Aide à l'insertion professionnelle

L'embauche d'un salarié dans le cadre d'un emploi d'avenir ouvre droit à une aide financière (variant de 35 % à 75 % du Smic horaire brut par heure travaillée), attribuée au vu des engagements pris par l'employeur notamment en matière de formation du titulaire de l'emploi d'avenir.

L'embauche ne peut avoir lieu avant l'attribution de cette aide.

Les engagements portent sur le contenu du poste proposé et sa position dans l'organisation de la structure employant le bénéficiaire de l'emploi d'avenir, sur les conditions d'encadrement et de tutorat ainsi que sur la qualification ou les compétences dont l'acquisition est visée pendant la période en emploi d'avenir. Ils doivent comprendre des actions de formation, réalisées prioritairement pendant le temps de travail, ou en dehors de celui-ci, qui concourent à l'acquisition de cette qualification ou de ces compétences et les moyens à mobiliser pour y parvenir. L'employeur désigne un tuteur.

L'aide est également attribuée au vu des engagements de l'employeur sur les possibilités de pérennisation des activités et les dispositions de nature à assurer la professionnalisation des emplois.

Cette aide est attribuée pour une durée de 12 à 36 mois, sans pouvoir excéder le terme du contrat de travail. À titre dérogatoire, l'aide peut être prolongée au-delà de 36 mois sur autorisation, pour permettre au salarié d'achever une action de formation (60 mois maximum).

L'autorité ayant attribué l'aide examine, à chaque échéance annuelle, le respect par l'employeur de ses engagements, notamment en matière de formation. S'ils ne sont pas respectés, l'employeur doit rembourser l'aide.

C. LE CONTRAT DE GÉNÉRATION

Le contrat de génération vise à inciter les entreprises à conclure un accord collectif ou à mettre en place un plan d'action qui prévoit, d'une part, l'embauche de jeunes et, d'autre part, l'embauche ou le maintien en emploi de seniors (Loi n° 2013-185 du 1^{er} mars 2013, JO du 3).

Suivant les effectifs de l'entreprise ou du groupe les modalités sont différentes.

Les entreprises (ou groupes) de moins de 50 salariés peuvent obtenir une aide de l'État pour tout contrat de génération conclu sans avoir l'obligation d'être couvertes par un accord collectif ou un plan d'action « intergénérationnel ».

Les entreprises (ou groupes) de 50 à 300 salariés peuvent obtenir une aide de l'État pour tout contrat de génération conclu à condition d'être couverte par un accord collectif ou, à défaut par un plan d'action « intergénérationnel ».

Les entreprises (ou groupes) de 300 salariés et plus ont l'obligation de conclure un accord collectif ou à défaut d'établir un plan d'action « intergénérationnel » ; à défaut paiement d'une pénalité.

Dans les entreprises ou groupes de moins de 300 salariés, l'aide est accordée chaque fois que, dans le cadre de l'accord ou du plan, l'entreprise :

- embauche un jeune de moins de 26 ans en CDI (moins de 30 ans pour un travailleur handicapé) ;
- embauche en CDI « d'un jeune à l'issue d'un contrat à durée déterminée, d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de professionnalisation conclu avec lui avant ses 26 ans ou avant ses 30 ans lorsqu'il s'agit d'un jeune handicapé » et, précise la loi, conclu « avant la date de promulgation de la présente loi ».
- sous réserve du maintien en emploi d'un salarié de 57 ans ou plus, d'un salarié d'au moins 55 ans au moment de son recrutement ou d'un travailleur handicapé d'au moins 55 ans ;
- sous réserve de l'absence de licenciement économique dans les 6 mois précédant l'embauche sur les postes relevant de la catégorie professionnelle pour laquelle est prévue l'embauche ;
- sous réserve d'être à jour des obligations déclaratives et paiement des cotisations.

Les entreprises de 50 à 300 salariés devront préalablement :

- établir un diagnostic sur la situation de l'emploi des jeunes et des seniors dans l'entreprise ;
- négocier un accord collectif d'entreprise ou, à défaut un plan d'action ou, à défaut appliquer un accord de branche étendu (pour une durée de 3 ans maximum) comportant des engagements en faveur de l'insertion durable des jeunes, de l'emploi des salariés âgés et de la transmission de savoir des compétences ;
- obtenir la validation par la DIRECCTE de l'accord ou du plan ;
- par exception, les entreprises de moins de 50 salariés qui n'appartiennent pas à un groupe d'au moins 50 salariés pourraient bénéficier de l'aide.

L'aide versée par Pôle emploi est de 2 000 € par an (pour un temps plein) au titre de l'embauche du jeune, le même montant étant accordé au titre du senior maintenu dans l'emploi, le tout pendant 3 ans maximum.

Son versement est arrêté en cas :

- de licenciement d'un senior de 57 ans ou plus, 55 ans si le travailleur est handicapé ;
- rupture du contrat du jeune à l'initiative de l'employeur ;
- rupture conventionnelle de l'un des salariés visés par ce contrat.

Dans les entreprises de 300 salariés et plus, pour ne pas être redevable de la pénalité les conditions suivantes doivent être réunies :

- établir un diagnostic sur la situation de l'emploi des jeunes et des seniors dans l'entreprise ;
- négocier un accord collectif d'entreprise ou de groupe ou, à défaut établir un plan d'action (pour une durée de 3 ans maximum) comportant des engagements en faveur de l'insertion durable des jeunes, de l'emploi des salariés âgés et de la transmission de savoir des compétences ;
- obtenir la validation par la DIRECCTE de l'accord ou du plan.

Le montant maximal de la pénalité est le plus élevé des deux montants suivants :

- 10 % du montant de la réduction dégressive des cotisations patronales sur les bas salaires pour les rémunérations versées pendant la période non couverte par un accord ou un plan ;
- 1 % des rémunérations ou gains versés pendant la période non couverte par un accord ou un plan.

Le montant de cette pénalité est modulé en fonction de la situation économique et financière de l'entreprise.

Cette négociation va remplacer la négociation sur l'emploi des seniors.

IV. LE PORTAGE SALARIAL

Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle (art. L. 1251-64 du Code du travail).

La personne portée bénéficie du régime du salariat, de la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage et de droits sur son apport en clientèle.

Comme le travail temporaire, le portage salarial est un cas autorisé de prêt de main-d'œuvre à but lucratif (art. L. 8241-1 du Code du travail).

EXEMPLE

Une personne « obtient » un contrat de prestation de service avec une entreprise. Ce contrat représente un chiffre d'affaires de 30 000 €. Si elle n'est pas immatriculée comme travailleur indépendant, cette personne peut recourir à une société de portage dont elle sera salariée pendant le temps que durera l'exécution de la prestation. Ce sera la société de portage qui facturera le client, qui encaissera le règlement et qui le redistribuera au salarié, sous forme de salaire, avec prise en compte des charges salariales et patronales, et en prélevant un pourcentage correspondant aux frais de gestion.

TITRE 3. L'APPLICATION DES RÈGLES DE DROIT

Les règles de droit social que ce soit en droit du travail ou en matière de protection sociale sont multiples et complexes, se développent rapidement ou sont modifiées fréquemment. Elles entraînent un certain nombre d'obligations pour les employeurs. Elles sont aussi un enjeu économique important pour l'État, les entreprises et les salariés. Leurs modalités d'application vont donc pouvoir faire l'objet de contrôles dans leur application par des instances administratives mais elles vont pouvoir aussi être l'objet de conflits. Conflits individuels entre un salarié et un employeur ou avec l'administration qui entraîneront un contentieux devant les tribunaux. Conflits collectifs se traduisant par la cessation du travail des salariés en grève ou la fermeture de l'entreprise par l'employeur.

CHAPITRE 1. LES CONTRÔLES DE L'APPLICATION DES RÈGLES DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA PROTECTION SOCIALE

SECTION 1. L'INSPECTION DU TRAVAIL

Les sections d'inspection du travail, font partie des services déconcentrés de l'État au sein des Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) Elles sont placées sous la responsabilité d'un inspecteur du travail qui est assisté de contrôleurs du travail.

Le premier corps d'inspecteurs du travail fut créé en 1892.

À l'heure actuelle, il est placé sous l'autorité du ministre du Travail.

I. LES MISSIONS DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Les missions de l'inspecteur du travail sont nombreuses :

- assurer le respect des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles (art. L. 8112-1 à L. 8112-4 du Code du travail) ;
- constater les infractions à ces dispositions ;
- assurer un rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits ;
- prévenir les risques professionnels et améliorer les conditions de travail et les relations sociales ;
- protéger l'intégrité physique des salariés et constater les infractions en matière de harcèlement moral et sexuel ;
- contrôler les conditions de travail ;
- faire respecter les prérogatives des institutions représentatives du personnel et garantir les libertés syndicales ;
- conseiller et informer l'entreprise sur la gestion prévisionnelle de l'emploi ;
- participer à la mise en œuvre des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle définies par les pouvoirs publics.

L'inspecteur du travail n'est pas le « juge » du contrat de travail. Les conflits issus du contrat de travail sont soumis au conseil des prud'hommes mais il peut aider à les résoudre dans le cadre de sa mission de conseil. Dans certains cas, son intervention est obligatoire : la rupture du contrat de travail des salariés protégés est soumise à son autorisation.

II. LES POUVOIRS PROPRES DE DÉCISION DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Les pouvoirs propres de l'inspecteur du travail touchent plusieurs domaines notamment

- en matière de durée du travail par exemple, l'inspecteur du travail en l'absence d'institutions représentatives du personnel doit autoriser la pratique des horaires individualisés ;
- en matière d'emploi des jeunes par exemple, autorisation pour déroger au travail de nuit ;
- en matière de règlement intérieur, demande de modification d'une ou plusieurs dispositions de celui-ci ;
- en matière de licenciement des salariés protégés, autorisation obligatoire de l'inspecteur du travail.

III. LES MOYENS DE L'INSPECTEUR DU TRAVAIL

Les inspecteurs du travail sont investis d'une mission générale de contrôle de l'application des dispositions du Code du travail (art. L. 8112-1 du Code du travail).

A. LES MOYENS DE CONTRÔLE

- Droit d'entrée dans l'entreprise : les inspecteurs ont un droit d'entrée de jour ou de nuit dans l'entreprise (convention n° 81 de l'Organisation internationale du travail). À l'occasion d'une visite d'inspection, l'inspecteur du travail doit informer de sa présence l'employeur ou son représentant, à moins qu'il n'estime qu'un tel avis risque de porter préjudice à l'efficacité du contrôle.
- Droit de visite : les inspecteurs ont un droit d'accéder à tout atelier, local, cantine ou vestiaire. L'inspecteur ou le contrôleur du travail doit se faire accompagner dans ses visites par le délégué du personnel compétent, si ce dernier le désire.
- Droit d'enquête et de prélèvements : les inspecteurs peuvent procéder à tout prélèvement portant sur les matières premières, sur les produits distribués ou utilisés. Ils peuvent interroger, soit seuls, soit en présence de témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise sur toutes les matières relatives à l'application des dispositions légales (Convention OIT n° 81).
- Droit de communication des livres, registres et documents dont la tenue est imposée au chef d'entreprise : par exemple livre de paie, contrats à durée déterminée, documents permettant

de comptabiliser les heures de travail, les registres de fonctionnement des institutions représentatives du personnel (Conv. OIT n° 81 et art. L. 3173-3, L. 8113-4 et L. 8113-5 du Code du travail).

Le fait de porter obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail est passible d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € (art. L. 8114-1 du Code du travail).

B. LES MOYENS DE CONTRAINTE

- Les observations verbales ou écrites sont le rappel des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.
- Les mises en demeure : dans certains cas, aucun procès-verbal d'infraction ne peut être dressé sans que l'employeur ait été préalablement mis en demeure de remédier à la situation constatée et cela avant l'expiration du délai nécessaire pour la mise en conformité. Les mises en demeure sont obligatoirement écrites. La procédure de mise en demeure doit être prévue par un texte particulier, par exemple dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité.
- Les procès-verbaux. Les inspecteurs du travail constatent les infractions pénales par des procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve contraire (art. L. 8113-7 du Code du travail). Ceci constitue une dérogation à l'art 430 du Code de procédure pénale selon laquelle les procès-verbaux constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements.

Les procès-verbaux doivent contenir des éléments conditionnant leur validité tels :

- identification précise de l'auteur de l'infraction ;
- localisation et moment de l'infraction ;
- descriptif des faits constatés ;
- prescriptions légales auxquelles il a été contrevenu ;
- nom, prénom, qualité et signature du rédacteur ;
- date du procès-verbal.

Ceux-ci sont transmis au procureur de la République qui apprécie la suite à donner, (un exemplaire est adressé au préfet). Celui-ci peut classer le procès-verbal ou faire procéder aux enquêtes ou auditions nécessaires. Avant la transmission au procureur de la République, l'agent de contrôle informe la personne visée au procès-verbal des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues (art. L. 8113-7 du Code du travail).

La procédure de référé, en cas de risques sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur, permet à l'inspecteur de saisir le juge pour qu'il ordonne en urgence la cessation de l'activité dangereuse quelle que soit l'activité de l'entreprise. Cela peut se traduire par la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres.

Le juge peut également ordonner la fermeture temporaire d'un atelier ou d'un chantier.

Par exception à ce principe, l'arrêt des travaux sur les chantiers du bâtiment et des travaux publics est possible, et ce sans recourir au juge, en cas de situation dangereuse pour un ou plusieurs salariés.

SECTION 2. LE SERVICE DE SANTÉ AU TRAVAIL

Le service de santé au travail qui assure la protection médicale des travailleurs est obligatoire dans toutes les entreprises. Ce service, suivant l'importance des entreprises peut être propre à une entreprise ou commun à plusieurs entreprises.

Le service de santé au travail a pour mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs (salariés et autres) du fait de leur travail. À cette fin, ils (art. L. 4622-2 du Code du travail) :

- conduisent les actions de santé au travail, dans le but de préserver la santé physique et mentale des travailleurs tout au long de leur parcours professionnel ;

- conseillent les employeurs, les travailleurs et leurs représentants sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les risques professionnels, d'améliorer les conditions de travail, de prévenir la consommation d'alcool et de drogue sur le lieu de travail, de prévenir ou de réduire la pénibilité au travail et la désinsertion professionnelle et de contribuer au maintien dans l'emploi des travailleurs ;
- assurent la surveillance de l'état de santé des travailleurs en fonction des risques concernant leur sécurité et leur santé au travail, de la pénibilité au travail et de leur âge ;
- participent au suivi et contribuent à la traçabilité des expositions professionnelles et à la veille sanitaire.

Les missions des services de santé au travail sont assurées par une équipe pluridisciplinaire de santé au travail comprenant des médecins du travail, des intervenants en prévention des risques professionnels et des infirmiers. Ces équipes peuvent être complétées par des assistants de services de santé au travail et des professionnels recrutés après avis des médecins du travail. Les médecins du travail animent et coordonnent l'équipe pluridisciplinaire (art. L. 4622-8 du Code du travail).

Au sein du service de santé au travail le rôle du médecin du travail est quadruple :

- il a la charge des examens médicaux obligatoires, c'est-à-dire la visite médicale d'embauche, la visite médicale périodique (tous les 2 ans et tous les ans en cas de surveillance médicale spéciale), la visite de reprise après absence ;
- il assume la tenue des documents médicaux ;
- il est conseillé du chef d'entreprise, des représentants du personnel, des services sociaux et des salariés notamment dans l'amélioration des conditions de vie et de travail dans l'entreprise sur la santé physique et mentale, l'hygiène, l'adaptation des postes, la protection des salariés, etc.
- il a un rôle préventif : en cas de constat de l'existence d'un risque pour la santé des salariés, il propose des mesures à prendre dans un écrit motivé. L'employeur doit en tenir compte et, en cas de refus, faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite (art. L. 4624-3 nouveau du Code du travail).

Il doit consacrer à sa mission en milieu de travail le tiers de son temps de travail. Il a libre accès au lieu de travail et est tenu au secret professionnel.

SECTION 3. L'URSSAF

Tout employeur qui emploie des salariés est tenu de déclarer le montant des salaires soumis à cotisations et de verser la totalité des cotisations afférentes à ces salaires à un organisme de recouvrement dans les délais impartis par les textes. Il y a donc un caractère déclaratif du calcul et du versement des cotisations par l'employeur rend nécessaire un contrôle a posteriori des organismes de Sécurité sociale.

Ce contrôle incombe aux organismes chargés du recouvrement des cotisations et auxquels sont effectués les versements : les Urssaf.

Les Unions de Recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et d'Allocations Familiales, créées en 1952, sont des organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public dont le rôle est de collecter les cotisations sociales destinées à financer la Sécurité sociale.

Elles sont soumises au pouvoir de direction et de contrôle de l'Agence de contrôle d'organismes de Sécurité sociale (ACOSS).

Plus précisément l'article L. 243-7 du Code de la Sécurité sociale leur donne pour mission de contrôler l'application de la législation de la Sécurité sociale, de participer à l'assujettissement aux cotisations, et d'en assurer le recouvrement.

I. LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DE LA LÉGISLATION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Les Urssaf sont chargées de contrôler :

- les cotisations d'assurance sociales, d'accidents du travail, d'allocations familiales dues par les employeurs au titre des travailleurs salariés ou assimilés, par les assurés volontaires et par les assurés personnels ;
- les cotisations d'allocation familiales dues par des employeurs et travailleurs indépendants ;
- la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007 étend la compétence des Urssaf à la vérification des assiettes des cotisations de retraite complémentaire et des cotisations d'assurance chômage.

Une convention entrée en vigueur le 1^{er} juin 2008 a été signée entre l'ACOSS et l'UNEDIC (Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce), mettant en place cette habilitation.

REMARQUE

En 2011, les Urssaf se voient confier le recouvrement des contributions d'assurance chômage et des cotisations AGS (assurance garantie des salaires) qui jusque-là était assuré par l'UNEDIC via Pôle emploi.

II. LES PROCÉDURES DE CONTRÔLE DE L'URSSAF

Le décret du 28 mai 1999, portant diverses mesures de simplification et d'amélioration des relations avec les cotisants, vise, pour l'essentiel, à donner plus de sécurité juridique aux employeurs qui font l'objet d'un contrôle et devrait permettre de limiter les contentieux, ce décret a été complété par un décret du 11 avril 2007. Le contrôle de l'Urssaf est de plus en plus encadré par des procédures non contentieuses qui protègent le cotisant de l'arbitraire de l'administration. Ces procédures transposent en effet, en dehors du domaine du juge judiciaire, les principes directeurs du procès, que sont les principes du contradictoire et de la motivation des actes.

A. L'AVIS DE PASSAGE

Désormais, avant le contrôle, l'envoi d'un avis de passage devient une formalité obligatoire qui conditionne la validité du contrôle : tout contrôle effectué par une Urssaf doit être précédé de l'envoi, par lettre avec AR, d'un avis adressé au cotisant (employeur ou travailleur indépendant), 15 jours avant la date de la première visite, sauf si le contrôle est effectué pour rechercher des infractions aux règles prohibant le travail dissimulé tel que défini aux articles L. 8221-1 et L. 8121-2 du Code du travail.

La loi de simplification du droit du 22 février 2012 prévoit qu'un contrôle ne peut pas porter sur une période de cotisations antérieurement vérifiée, sauf en cas de réponses incomplètes ou inexactes, de fraude, de travail dissimulé ou sur demande de l'autorité judiciaire. (art. L. 243-12-4 du Code de la séc. soc.)

B. LE CONTRÔLE

Au cours du contrôle, les employeurs sont tenus de présenter tout document aux agents de contrôle et de permettre l'accès à tout support d'information (notamment informatique) (art. R. 243-59 du Code de la Sécurité sociale).

L'avis de contrôle contient généralement une liste des documents que souhaite consulter l'inspecteur du travail.

Lors de ce contrôle, les employeurs ont le droit de se faire assister par un conseil de leur choix (art. R. 243-59 du CSS).

La fin du contrôle donne lieu à une lettre d'observations qu'il y ait ou pas de redressement envisagé. Ce document, daté, mentionne l'objet, les documents consultés, la période vérifiée et la date de fin de contrôle.

Si un redressement est envisagé, le document mentionne les observations faites au cours du contrôle, la nature, le mode de calcul, le montant des redressements envisagés, la réponse du cotisant à l'organisme de recouvrement et le cas échéant, les observations faites au cours du contrôle. Ce document est essentiel car il règle la délicate question dite de l'accord tacite : l'absence d'observation vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérifications, dès lors que l'organisme de recouvrement a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause. Le redressement ne peut porter sur des éléments qui, ayant fait l'objet d'un précédent contrôle dans la même entreprise, n'ont pas donné lieu à observations de la part de cet organisme.

Ce texte va à l'encontre d'une jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le seul silence observé par l'agent de contrôle à l'occasion de la présente vérification ne pouvait être considéré comme caractérisant à lui seul une décision implicite.

Les inspecteurs du recouvrement doivent communiquer leurs observations à l'employeur en l'invitant à y répondre dans un délai de 30 jours. À défaut de cette communication les opérations de contrôle et la mise en demeure subséquente sont nulles.

À l'expiration de ce délai, l'inspecteur doit transmettre à l'organisme de recouvrement dont il dépend et aux institutions de chômage, le procès-verbal de contrôle faisant état de ses observations accompagnées s'il y a lieu de la réponse du cotisant.

III. LES SUITES DU CONTRÔLE

A. LE REDRESSEMENT DE L'URSSAF

Avant la mise en œuvre d'une procédure de recouvrement forcé, l'organisme de Sécurité sociale doit adresser au débiteur qui n'a pas acquitté ses cotisations une mise en demeure l'invitant à régulariser sa situation dans le mois.

La mise en demeure, c'est-à-dire la décision de redressement devra elle aussi contenir la cause, la nature, l'étendue de son obligation, la période sur laquelle elle porte car la communication de ce document est une formalité substantielle destinée à assurer le caractère contradictoire du contrôle. Son omission entraîne la nullité de l'ensemble de la procédure.

À l'expiration du délai d'un mois imparti par la mise en demeure, l'Urssaf peut engager des poursuites. Pour éviter l'action en recouvrement de l'Urssaf, le cotisant a trois possibilités :

- il peut payer les cotisations réclamées tout en formulant une demande de remise des majorations et des pénalités de retard ;
- il peut solliciter des délais de paiement ;
- il peut contester le bien-fondé des sommes qui lui sont réclamées en saisissant la commission de recours amiable de l'Urssaf, puis les tribunaux spécialisés.

B. LES SANCTIONS ENCOURUES

En cas d'opposition ou d'obstacle aux visites des inspecteurs du recouvrement, une peine de 6 mois de prison et 7 500 euros d'amende sont prévus.

En cas de retard dans le paiement des cotisations, des pénalités pour retard sont dues : pénalité de retard de 5 % du montant des cotisations non acquittées, augmentées de 0,4 % par mois ou fraction de mois écoulée à la date d'exigibilité (art. R. 243-18 du Code de la Sécurité sociale).

En cas de défaut de production de bordereau récapitulatif de déclaration annuelle de données sociales : 7,50 € par salarié figurant sur le dernier bordereau ou la dernière déclaration faite par l'employeur et en cas d'inexactitude : 7,50 € pour chaque inexactitude portée sur la déclaration

ou le bordereau. Le total des pénalités ne peut excéder 750 € par bordereau ou déclaration (art. R. 243-16 du Code de la Sécurité sociale).

L'employeur peut cependant en demander la remise au directeur de l'Urssaf ou à la commission de recours amiable, s'il prouve sa bonne foi (art. R. 243-20 du Code de la Sécurité sociale).

C. LES RECOURS

En matière de Sécurité sociale, plus encore qu'en matière de droit du travail, le règlement amiable est préalable et obligatoire. Le recours contre une décision des services administratifs est en effet d'abord précontentieux devant la Commission de recours amiable (CRA), composée paritairément. Si sa réclamation est rejetée, le demandeur dispose d'un délai de deux mois pour saisir le juge de première instance, le Tribunal des Affaires de Sécurité sociale (TASS).

SECTION 4. LE TRAVAIL DISSIMULÉ

Le Code du travail distingue deux formes de travail dissimulé :

- le travail dissimulé par dissimulation d'activité (art. L. 8221-3 du Code du travail) ;
- le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié (art. L. 8221-5 du Code du travail).

I. DÉFINITION

A. LA DISSIMULATION D'ACTIVITÉ

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne physique ou morale qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :

- n'a pas requis son immatriculation au répertoire des métiers ou, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés lorsque celle-ci est obligatoire, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation ;
- n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
- n'a pas déclaré une partie de son chiffre d'affaires ou de ses revenus ;
- ou a continué son activité après avoir été radié pour absence présumée de son activité professionnelle.

B. LA DISSIMULATION D'EMPLOI SALARIÉ

La dissimulation d'emploi salarié est constituée lorsque l'employeur n'a pas effectué intentionnellement l'une au moins des formalités suivantes :

- remise de bulletin de paie à chacun de ses salariés (art. L. 3243-2 du Code du travail) ;
- accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche (art. L. 1221-10 du Code du travail) ;
- déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations assises sur ces salaires, auprès des organismes de recouvrement social ou de l'administration fiscale (art. L. 8221-5 du Code du travail).

La loi précise par ailleurs que constitue une dissimulation d'emploi salarié, la mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (sauf si cette mention résulte d'une convention ou d'un accord particulier sur la répartition du temps de travail) (art. L. 8221-5 du Code du travail).

Il s'agit :

- du non-paiement d'une partie de la rémunération ;
- ou du non-paiement des heures supplémentaires ;
- ou, du versement de primes destinées à compenser des heures supplémentaires ou des heures complémentaires.

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012 prévoit que la dissimulation d'emploi salarié est établie lorsqu'une personne régulièrement immatriculée donne directement, ou par personne interposée, des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui le place dans un lien de subordination juridique permanent à l'égard de celui-ci.

Le donneur d'ordre sera tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux faux travailleurs indépendants, au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie.

II. LE CONTRÔLE

Les infractions aux interdictions de travail dissimulé sont recherchées par les officiers et agents de police judiciaire, des douanes, des impôts et par les agents agréés et assermentés de la Sécurité sociale ainsi que les inspecteurs et contrôleurs du travail.

Les infractions sont constatées par procès-verbaux qui sont directement transmis au procureur de la République et font foi jusqu'à preuve contraire.

Les agents de contrôle peuvent notamment se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant que l'immatriculation et les déclarations et formalités relatives à la déclaration des salariés auprès des organismes de Sécurité sociale ont été effectuées.

Ils sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit, toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant.

III. LES PEINES ENCOURUES

Les peines encourues en cas de travail dissimulé sont de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (art. L. 8224-1 du Code du travail).

La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2008 a instauré le principe d'un redressement forfaitaire des cotisations dues au titre de l'emploi du salarié non déclaré sur la base de six fois le SMIC mensuel et une annulation des exonérations dont les entreprises verbalisées pour travail dissimulé bénéficiaient jusque-là.

Le salarié dont le contrat a été dissimulé par l'employeur a droit en cas de rupture de la relation de travail à une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaire (art. L. 8223-1 du Code du travail).

CHAPITRE 2. LE CONTENTIEUX SOCIAL

D'une part, le contentieux social est en volume, le plus important de l'ordre judiciaire et il augmente chaque année.

D'autre part, les juridictions qui ont à connaître du droit social sont nombreuses et l'éclatement du contentieux dans ce domaine est une de ses spécificités.

Pratiquement toutes les juridictions peuvent un jour être saisies d'un litige relatif au droit social et au droit du travail même si le conseil des prud'hommes est la juridiction qui traite la majorité des questions relatives à ces domaines.

SECTION 1. LES JURIDICTIONS CIVILES, PÉNALES ET ADMINISTRATIVES QUI ONT À CONNAÎTRE DES QUESTIONS RELATIVES AU DROIT SOCIAL

I. LES JURIDICTIONS CIVILES

Le tribunal d'instance se voit confier le soin de trancher les conflits relatifs aux élections des représentants du personnel et à la désignation des délégués syndicaux.

Le tribunal de grande instance intervient pour trancher les litiges relatifs à l'application ou à l'interprétation des accords ou conventions collectives.

II. LES JURIDICTIONS PÉNALES

Les juridictions pénales sont elles aussi compétentes en matière de droit du travail en raison de la pénalisation croissante de la relation de travail.

Le tribunal correctionnel intervient dans de nombreux domaines notamment dans les cas d'infractions à l'hygiène et à la sécurité, des atteintes à l'intégrité physique ou des homicides involontaires lors d'accidents du travail, lors de vols commis par les salariés ou de corruption de salariés. Il intervient également en matière de harcèlement moral ou sexuel, de discrimination et d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

Le droit du travail a même créé une responsabilité pénale du chef d'entreprise dite « du fait d'autrui », c'est-à-dire du fait de ses salariés.

Par exemple, au cours d'un chantier de ravalement, un ouvrier travaillant sur un échafaudage, laisse tomber un outil qui atteint un passant, alors qu'aucun filet de protection n'entourait l'échafaudage. L'ouvrier a commis une infraction d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne avec incapacité totale de travail de plus de trois mois, prévue à l'article 222-19 du Code pénal et sanctionnée de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende.

Le contremaître qui a donné l'ordre à l'ouvrier de travailler alors que le filet de sécurité n'était pas encore installé est complice par instigation de cette infraction de l'ouvrier.

Le chef de chantier, responsable de la sécurité et de l'installation de l'échafaudage, a commis la même infraction en ne veillant pas à l'installation d'un filet de sécurité pourtant obligatoire. Le dirigeant de l'entreprise de ravalement a également commis une infraction en ne vérifiant pas que le chef de chantier avait veillé à la sécurité de chantier... Concrètement le juge va analyser les fautes commises par chacun. Il peut y avoir en ce cas cumul d'« auteurs », et de sanctions pénales, et notamment sanction du chef d'entreprise pour le fait de ses salariés, alors même qu'il n'est jamais allé sur le chantier.

Le chef d'entreprise peut cependant tenter d'échapper à cette responsabilité pour autrui en cas de délégation de pouvoirs. La délégation de pouvoirs a pour effet d'exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale en cas d'infraction à la réglementation du travail, dès lors qu'il peut établir qu'il a transféré effectivement son pouvoir de direction à une autre personne.

La responsabilité pénale est reportée sur la personne qui a accepté la délégation lorsque les faits en cause relèvent de son domaine de responsabilité. Le chef d'entreprise ne peut plus être poursuivi.

En cas de délégation de pouvoir du chef d'entreprise au chef de chantier, si le chef d'entreprise n'est alors plus responsable pénalement, le chef de chantier sera désormais responsable pénalement des faits d'autrui, c'est-à-dire de l'ouvrier et du contremaître.

Pour que la délégation de pouvoirs soit valable, ce délégataire doit présenter certaines caractéristiques. Il doit ainsi avoir l'autorité, la compétence et les moyens nécessaires pour mener à bien la mission qui lui a été confiée.

III. LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

L'administration intervient souvent dans les relations collectives ou individuelles entre employeurs et salariés.

Par exemple, lors de la rédaction du règlement intérieur (règlement interne de l'entreprise rédigé par l'employeur portant sur l'hygiène, la sécurité, la discipline et le droit de la défense des salariés), l'employeur doit transmettre celui-ci à l'inspecteur du travail qui peut exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires au Code du travail ou aux dispositions conventionnelles.

La séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire de se prononcer sur la validité d'une décision administrative. Les nombreuses décisions et actes administratifs peuvent donc donner lieu à recours devant les tribunaux de l'ordre administratif, en annulation ou en indemnisation.

Par exemple, lorsqu'un employeur veut licencier un salarié délégué syndical, il doit obtenir une autorisation préalable de l'inspection du travail. En cas d'avis positif, le salarié pourra tenter un recours gracieux devant l'autorité administrative qui a pris la décision, un recours hiérarchique devant le supérieur de cette autorité, et in fine un recours en annulation devant les Tribunaux administratifs.

SECTION 2. LES JURIDICTIONS SOCIALES

I. LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES

Le conseil des prud'hommes, juridiction d'exception, a une place prédominante en droit du travail.

Les conseils des prud'hommes sont composés de juges élus par les salariés et les employeurs, les conseillers prud'hommes. L'originalité des conseils des prud'hommes est d'être composés de juges élus au sein de deux collèges distincts : le collège employeur et le collège salarié. Le conseil est une juridiction paritaire dont la présidence alterne d'un collège à l'autre. En cas d'impossibilité de dégager une majorité, l'affaire est renvoyée devant le même bureau de jugement augmenté d'un juge départiteur, « magistrat professionnel », magistrat du tribunal. Son rôle est de concilier et de juger les litiges individuels nés d'un contrat de travail.

Il existe deux modes de règlements distincts pour les conflits présentés devant les prud'hommes : la conciliation et le jugement. Une procédure d'urgence (dite de référé) est possible dans certaines circonstances. Les décisions rendues sont susceptibles d'appel.

Depuis le 1^{er} octobre 2011, le plaignant engageant une procédure devant le conseil des prud'hommes doit s'acquitter d'un droit de timbre de 35 €.

Chaque conseil des prud'hommes est divisé en 5 sections autonomes : encadrement, industrie, commerces et services commerciaux, agriculture et activités diverses.

L'activité principale de l'entreprise détermine l'appartenance des salariés aux différentes sections, sauf pour la section de l'encadrement.

Chaque section comprend au moins un bureau de conciliation (1 conseiller employeur, 1 conseiller salarié) et un bureau de jugement (au moins 2 conseillers employeurs, 2 conseillers salariés).

Chaque conseil des prud'hommes comprend une formation de référé commune à l'ensemble des sections. Cette formation est composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur.

La compétence de la formation des référés repose sur l'urgence et l'absence de contestation sérieuse. La formation de référé peut toujours prescrire des mesures conservatoires de remise

en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

EXEMPLE

En cas de grève si des salariés grévistes sont licenciés pour un autre motif qu'une faute lourde, les licenciements sont nuls. Le juge des référés pour faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue le licenciement de salariés grévistes peut ordonner la poursuite du contrat de travail qui n'a pu être valablement rompu. Après avoir justement constaté l'absence de contestation sérieuse, il peut condamner l'employeur à verser les salaires indûment retenus depuis la date du licenciement nul.

II. LES TRIBUNAUX DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Un contentieux autonome de la Sécurité sociale, au premier degré tout au moins, a été créé depuis 1945. Le tribunal des affaires de Sécurité sociale, composé d'un magistrat professionnel, d'un représentant des salariés et d'un représentant des employeurs, connaît du contentieux dit général : conflits existant entre les organismes de Sécurité sociale et les assujettis, relatifs à l'application des textes de la Sécurité sociale, par exemple, litiges relatifs au paiement des cotisations...

Le tribunal du contentieux de l'incapacité connaît du contentieux dit technique, par exemple la non-reconnaissance par la Sécurité sociale d'une invalidité. Il a pour particularité de ne pas relever en appel de la cour d'appel mais d'une cour nationale de l'incapacité.

SECTION 3. LA COMPÉTENCE SPÉCIALE DU CONSEIL DES PRUD'HOMMES

Le conseil des prud'hommes, juridiction d'exception a une place prédominante en droit du travail.

I. LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE DU CONSEIL DE PRUD'HOMME

Pour que la compétence du conseil des prud'hommes soit retenue, il faut qu'un contrat de travail existe, que le litige s'élève à l'occasion de ce contrat, que le litige soit individuel et que l'activité professionnelle des parties entre dans la compétence du conseil.

A. PREMIÈRE CONDITION : LA NÉCESSITÉ D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

Le conseil des prud'hommes est seul compétent pour trancher tout litige opposant un employeur à un salarié ou vice-versa qui est né à l'occasion du contrat de travail ou de contrats spécifiques (contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation). C'est l'existence d'un lien de subordination définissant le salariat, qui suffit à donner une compétence au conseil des prud'hommes. Il faut qu'existe un contrat de travail préconstitué par les parties ou ainsi requalifié par le juge à la suite d'une demande de l'une des parties. Le demandeur, qui saisit le conseil des prud'hommes, a la charge de la preuve de l'existence du lien de subordination. Il faut aussi que les faits litigieux se soient déroulés lors de l'exécution de ce contrat.

EXEMPLE

Un salarié lié à un employeur par un contrat de travail sans clause de non-concurrence quitte celui-ci. Dans son nouvel emploi, il fait concurrence à son ancien employeur, l'action en dommages et intérêts de ce dernier à l'encontre de ce salarié ne peut se concevoir devant la juridiction prud'homale que si les agissements illicites se situaient antérieurement à la rupture du contrat. Si les agissements sont postérieurs, les juridictions civiles (Tribunal d'instance ou de grande instance) ou de commerce sont compétentes.

B. DEUXIÈME CONDITION : UN LITIGE RELATIF À UNE ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DE DROIT PRIVÉ

Les prud'hommes ont à connaître des litiges qui opposent des salariés du secteur privé et les employeurs exerçant une activité industrielle, commerciale, libérale, civile, agricole ou un simple particulier. Sont exclus de la compétence prud'homale, les litiges concernant les personnels des services publics qui relèvent des tribunaux administratifs, à l'exception de ceux qui sont employés dans les conditions de droit privé. Par exemple les membres du personnel enseignant dans des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association, bien que recrutés et rémunérés par l'État, se trouvent placés sous la subordination de l'établissement privé qui les dirige. Les différends qui peuvent survenir entre le maître et l'établissement d'enseignement privé à l'occasion de cette relation de travail, relèvent donc des conseils des prud'hommes (Cass. soc., 9 mai 1990, Berthoux c/SARL École Clovis Hugues, RJS 1990, 6/449).

C. TROISIÈME CONDITION : UN CONFLIT INDIVIDUEL

Le litige est d'ordre individuel, ce qui exclut les litiges mettant en jeu des intérêts collectifs tels les litiges relatifs aux conflits collectifs.

Le litige peut cependant intéresser plusieurs salariés, une action présentant un intérêt collectif ne perd pas nécessairement son caractère individuel. Par exemple les demandes séparées de chacun des salariés d'un rappel de salaire sur la base d'un usage sont considérées comme des demandes individuelles même s'ils sont plusieurs à faire la même demande.

II. LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DU CONSEIL DES PRUD'HOMMES

Le conseil des prud'hommes, territorialement compétent, est fonction du lieu de travail du salarié (art. R. 1412-1 du Code du travail).

- Si le salarié travaille dans un établissement où travaillent d'autres salariés sous la direction d'un même chef d'entreprise, le conseil des prud'hommes compétent est celui où est situé l'établissement.
- Si le salarié travaille à la fois dans un établissement et en dehors de l'établissement, le conseil des prud'hommes compétent est celui où est situé l'établissement où est effectué le travail.
- Si le salarié travaille en dehors de tout établissement ou à domicile, la demande est portée devant le conseil des prud'hommes du domicile du salarié.

Le salarié, quant à lui, peut toujours saisir le conseil des prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi. Toute clause qui déroge directement ou indirectement aux dispositions précitées est réputée non écrite, lorsque le contrat de travail est un contrat de travail interne (non international).

SECTION 4. LE PROCÈS PRUD'HOMAL

I. LES PERSONNES HABILITÉES À ASSISTER OU À REPRÉSENTER LES PARTIES

Les parties sont tenues de comparaître en personne, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties en matière prud'homale sont :

- les salariés ou les employeurs appartenant à la même branche d'activités ;
- les délégués permanents ou non permanents des organisations syndicales, ouvrières ou patronales ;
- le conjoint et le concubin et le partenaire de PACS (Loi du 20 décembre 2007, n° 2007-1787) ;
- les avocats.

L'employeur peut également se faire assister ou représenter par un membre de l'entreprise ou de l'établissement, celui-ci devra alors produire le pouvoir qui l'habilite à représenter la société en justice dans l'affaire concernée.

Devant la cour d'appel, les parties peuvent aussi se faire assister ou représenter par un avoué.

Devant la Cour de cassation, le recours à un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est obligatoire.

L'article R. 1453-2 du Code du travail n'exige pas que la partie assistée ou représentée soit membre de la même organisation syndicale ou membre d'un syndicat. Le mandataire doit être, quant à lui, porteur d'un pouvoir sur papier libre. L'avocat et l'avoué en sont dispensés.

II. LE PRINCIPE DE L'ORALITÉ DES DÉBATS

L'article R. 1453-3 du Code du travail pose le principe de l'oralité des débats, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'obligation de faire une présentation écrite des faits, de la procédure et des demandes. Le juge doit se prononcer sur les demandes formulées contradictoirement devant lui à l'audience des débats. Ainsi les conclusions déposées par une partie qui ne paraît pas lors de l'audience ne pourront pas être prises en considération par le juge.

Si au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas, sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques. Ainsi les conclusions déposées par une partie qui ne comparait pas lors de l'audience à laquelle l'affaire est retenue, ne pourront être prises en compte par les juges.

Il appartient au juge du fond de provoquer un débat contradictoire sur des demandes, même si elles sont formulées à la barre. Le principe est celui de l'oralité. Les débats doivent avoir lieu en langue française. À ce titre, l'intervention d'un interprète n'est possible que pour traduire les propos d'une partie, mais non son conseil ou son représentant.

Par exemple, la procédure étant orale et le dépôt de conclusions ne pouvant suppléer au défaut de comparution, un délégué syndical qui s'exprime difficilement en français n'est pas apte à représenter ou à assister une partie à l'audience de plaidoiries.

III. LA PREUVE

Le législateur a confié au juge prud'homal un rôle actif dans la recherche de la vérité.

Le procédé le plus original de l'instruction du procès prud'homal est le renvoi à un conseiller-rapporteur ou plus souvent à deux conseillers, salarié et employeur. Ces conseillers mettent l'affaire en l'état d'être jugée, en procédant à des investigations, puis présentent un ou deux rapports proposant une solution au conseil, qui se contente le plus souvent de l'adopter.

Le principe reste cependant la règle traditionnelle selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur, qui est le plus souvent le salarié. L'exception à ce principe réside dans les quelques dispositions spéciales propres à la preuve, qui n'ôtent pas le fardeau de la preuve au salarié pour le transférer sur l'employeur, mais qui mettent à égalité les parties.

Ainsi, en ce qui concerne le licenciement, l'article L. 1235-1 du Code du travail précise que :

« [Le juge prud'homal] forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Ainsi chaque partie, le salarié comme l'employeur, est tenue de fournir les éléments étayant sa propre argumentation, sous l'impulsion du juge.

Le risque de la preuve pèse lui aussi selon la règle traditionnelle sur le demandeur : le salarié, qui est en pratique le demandeur, succombera à défaut de preuve. Seules des dispositions spéciales aménagent le risque de la preuve en droit du travail. En matière de licenciement, par exemple, la loi du 2 août 1989 a précisé, à l'article L. 1235-1 du Code du travail, « si un doute subsiste, il profite au salarié ».

IV. LA CONCILIATION

La conciliation constitue la première étape obligatoire pour le règlement d'un conflit présenté devant les prud'hommes et vise à trouver un accord entre les deux parties. L'absence de tentative de conciliation entraîne la nullité d'ordre public de la procédure. Elle se déroule devant deux conseillers prud'hommes (l'un salarié, l'autre employeur) qui forment le bureau de conciliation. Chaque section dispose d'au moins un bureau. Lors de cette étape, les conseillers prud'hommes écoutent les explications des parties et tentent de trouver un accord satisfaisant pour chacune d'elle.

Les séances du bureau de conciliation ne sont pas publiques.

En cas de conciliation totale, le bureau dresse un procès-verbal mentionnant la teneur de l'accord intervenu.

À défaut de conciliation totale, les prétentions qui restent contestées et les déclarations des parties font l'objet d'un procès-verbal établi par le greffier sous le contrôle du président. Le bureau de conciliation peut fixer le délai de communication de pièces et des notes que les parties comptent produire à l'appui de leurs prétentions.

Le bureau de conciliation renvoie alors l'affaire devant le bureau de jugement. Le bureau de conciliation peut ordonner les mesures suivantes :

- La délivrance, le cas échéant sous peine d'astreinte, de certificats de travail, bulletins de paye et de toutes pièces que l'employeur est tenu légalement de délivrer. L'astreinte est une condamnation à verser une somme d'argent par jour de retard en cas de non-délivrance par l'employeur de ces documents et destinée à l'amener à les remettre au salarié.
- Le versement de provisions sur les salaires et accessoires de salaires, les commissions, les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement, et toutes les indemnités de fin de contrat.
- Toute mesure d'instruction.
- Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux.
- La liquidation à titre provisoire des astreintes ordonnées.

Si le demandeur ne comparaît pas au jour fixé de l'audience de conciliation, sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques (art. R. 1454-12 du Code du travail).

La demande n'est plus déclarée caduque si le demandeur, absent pour un motif légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Dans ce cas, le mandat précise qu'en cas d'absence du mandataire, le bureau de conciliation pourra déclarer sa demande caduque.

Si c'est le défendeur qui ne comparaît pas et que le recours à une mesure d'information ou d'instruction n'apparaît pas préalablement nécessaire, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement (art. R. 1454-13 du Code du travail).

Si le défendeur a justifié en temps utile d'un motif légitime d'absence, il peut être représenté par mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. À défaut, il sera convoqué à une prochaine séance du bureau de conciliation par lettre simple (art. R. 1454-12, R. 1454-13 du Code du travail et R. 1454-17 du Code du travail).

En principe lors d'un litige portant sur la contestation d'un licenciement, les parties pourront, lors de l'audience de conciliation, choisir de mettre un terme définitif au litige qui les oppose en contrepartie du versement d'une indemnité forfaitaire calculée en fonction de l'ancienneté du salarié. Cette indemnité aura le caractère fiscal et social de dommages-intérêts et sera identique quel que soit l'effectif de l'entreprise (Loi de sécurisation de l'emploi).

V. LE JUGEMENT

Lorsque la procédure de conciliation n'a pas permis de trouver un accord entre les parties, le bureau de jugement va trancher le litige qui lui est soumis. Ce bureau est composé de deux conseillers « employeurs » et deux « salariés ». Chaque section dispose d'au moins un bureau.

Les parties sont convoquées devant le bureau de jugement par le secrétariat-greffe. Sont recevables de nouveaux chefs de demande, des demandes reconventionnelles (en réponse) qui n'auraient pas été formulées devant le bureau de conciliation.

Les débats sont oraux et publics, à moins que le conseil n'ordonne le huis clos si la publicité des débats risque d'entraîner une atteinte à l'intimité de la vie privée ou si toutes les parties le demandent, ou encore, s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice. Le président dirige les débats devant cette juridiction paritaire. Les parties peuvent être invitées à fournir les explications de droit ou de fait que le président et les conseillers jugent nécessaires. Les délibérations sont secrètes et à l'issue des débats, si la décision n'est pas rendue sur le champ, un bulletin rappelant la date du prononcé du jugement est remis aux parties par le secrétaire-greffier. Les décisions du bureau de jugement sont prises à la majorité des voix.

En cas de partage des voix, l'affaire est renvoyée dans le délai d'un mois devant le même bureau de jugement présidé par le juge départiteur.

Cette procédure a pour fonction de permettre à une majorité de se dégager, puisque cette nouvelle formation comporte alors un nombre impair de juges.

Le jugement est notifié aux parties. La notification doit être effectuée au lieu où les parties demeurent réellement.

VI. LE RÉFÉRÉ

Le référé constitue une procédure particulière lorsque, présentée par l'employeur ou le salarié, la demande repose sur l'urgence et n'est pas sérieusement contestable. Par exemple un salarié qui a travaillé mais qui ne perçoit pas son salaire.

Il est également possible lorsqu'il s'agit de faire cesser un trouble manifestement illicite ou de prévenir un dommage imminent. Par exemple, le licenciement d'un salarié durant l'exercice de son droit de grève (Cass. soc., 26 sept. 1990, n° 88-41.375). Il vise à accélérer la marche de certains procès jugés prioritaires, pouvant ainsi faire l'objet d'une décision en quelques jours.

Chaque conseil des prud'hommes comprend une formation de référé commune à l'ensemble des sections. Cette formation est composée d'un conseiller salarié et d'un conseiller employeur.

Les décisions rendues par le référé prud'homal sont par nature provisoires et ne dispensent pas de soumettre le fond du litige à la procédure « classique ».

VII. LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA DÉCISION

A. L'APPEL

L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré. Il est possible de faire appel lorsque la valeur totale des prétentions porte sur une somme dépassant un certain montant fixé par décret chaque année (4 000 euros depuis le 20 septembre 2005) ou lorsqu'un des chefs de la demande est indéterminé (art. R. 1462-1 du Code du travail).

Une demande est indéterminée quand elle vise à faire trancher une question de principe.

En dessous de ce taux, le conseil des prud'hommes statue en dernier ressort, c'est-à-dire sous le seul contrôle de la Cour de cassation.

EXEMPLES

- Une demande d'annulation de sanction disciplinaire (Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 88-44.515).
- Cinq demandes sur des chefs différents qui tendent au paiement de salaires et de primes à hauteur de 1 500 euros par demande, amèneraient la possibilité pour l'une des deux parties de faire appel de la décision du conseil des prud'hommes.

- La demande en justice dont l'un des chefs tend à faire annuler sur un bulletin de salaire toute mention relative à l'activité de délégué du personnel du salarié présente un caractère indéterminé : le montant de la demande étant non précisé, la décision est susceptible d'un appel.

Il en est de même lorsque la demande vise à faire trancher une question de principe. Par exemple, une demande d'annulation de sanction disciplinaire (Cass. soc., 28 avr. 1994, n° 88-44.515).

En dessous de ce montant, les affaires peuvent être portées directement devant la Cour de cassation.

Le jugement en appel ne se déroule plus devant un conseil des prud'hommes mais devant les chambres sociales des Cours d'appels composées de magistrats professionnels. Le délai d'appel est d'un mois à compter de la notification du jugement, 15 jours en matière de référé (art. R. 1461-1 du Code du travail).

B. LE POURVOI EN CASSATION

Les décisions rendues en dernier ressort par le conseil des prud'hommes ou celles rendues par la cour d'appel, peuvent être attaquées, par la voie du recours en cassation.

La Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Elle ne rejuge pas les faits mais contrôle si la décision rendue par le conseil des prud'hommes en dernier ressort ou la Cour d'appel est conforme au droit. Elle juge en droit et non en fait.

Le pourvoi ne peut être introduit que pour :

- violation de la loi ;
- incompétence ;
- excès de pouvoir ;
- violation des formes ;
- contrariétés des motifs.

Le pourvoi ne permet pas de réparer une erreur ou une omission résultant d'une mauvaise connaissance de la loi. Il n'est pas possible en principe de faire-valoir devant la Cour de cassation des moyens nouveaux qui n'avaient pas été soumis préalablement aux juges du fond. Par exemple, l'absence de motivation de la lettre de licenciement, ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation.

Le délai de pourvoi en cassation est de deux mois à compter de la signification du jugement ou de l'arrêt. Le pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution de la décision frappée de pourvoi, c'est-à-dire qu'il ne peut suspendre l'exécution de la décision attaquée. Le ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est obligatoire.

Les arrêts de la Cour de cassation ne sont pas susceptibles de recours, ils peuvent soit :

- Rejeter le pourvoi :
L'arrêt de rejet a pour effet de donner à la décision attaquée l'autorité de la chose jugée. Le demandeur en cassation qui succombe dans son pourvoi peut être condamné au paiement d'une amende civile.
- Casser la décision attaquée :
L'arrêt de cassation remet les parties dans le même état qu'avant que soit rendue la décision censurée.

L'affaire est donc rejugée par une juridiction de renvoi, désignée par l'arrêt de cassation.

Cette juridiction de renvoi doit être saisie, par simple déclaration à son secrétariat-greffe, dans les quatre mois suivant la notification de l'arrêt de cassation. Passé ce délai, la juridiction de renvoi ne peut plus être saisie et le jugement rendu en premier ressort acquiert la force de chose jugée.

VIII. L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION

Les décisions prud'homales, comme les autres décisions, peuvent être assorties du bénéfice de l'exécution provisoire par une mention expresse dans la décision. Cela permet au gagnant d'un procès d'exécuter un jugement dès sa signification, malgré l'effet suspensif des voies de recours. L'exécution provisoire peut être judiciaire, c'est-à-dire précisée par le juge ou de droit.

CHAPITRE 3. LES CONFLITS COLLECTIFS

SECTION 1. LE DROIT DE GRÈVE

L'article 7 du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958, confère au droit de grève le caractère de droit fondamental, mais précise que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Il n'existe pas de réglementation d'ensemble de la grève dans le secteur privé. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont donc été amenés à définir le domaine et les limites du droit de grève. Dès 1950, le juge a dû distinguer les mouvements constituant l'exercice normal du droit de grève, et donc non susceptible de sanctions, et les mouvements illicites ne bénéficiant d'aucune protection. Depuis 1990, la Cour de cassation a largement évolué dans un sens favorable au gréviste : celui-ci n'est plus absent au travail mais exerce une liberté publique fondatrice du droit de travail.

La grève entraîne des effets sur le contrat de travail et sur la rémunération.

I. DÉFINITION ET LICÉITÉ

La loi du 25 juillet 1985 a légalisé « l'exercice normal du droit de grève » en interdisant toute sanction ou tout licenciement disciplinaire du salarié gréviste (art. L. 1132-2 du Code du travail). Le législateur n'a toutefois pas défini l'exercice normal du droit de grève. C'est donc la jurisprudence qui s'en est chargée progressivement.

A. DÉFINITION

Selon la Cour de cassation, la grève est une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Tout arrêt de travail ne constitue pas nécessairement une grève.

Il est important de distinguer la grève et les arrêts de travail ne répondant pas à la définition de la grève, appelés désormais mouvements illicites. En effet la jurisprudence a abandonné la distinction entre grève licite et grève illicite.

« La grève est un droit, et un droit ne peut être illicite ; il peut seulement exister un abus de droit. Lorsque les conditions du droit de grève ne sont pas réunies, on est en présence d'un mouvement collectif qui peut présenter un caractère fautif, et qui ne relève ni du préambule de la Constitution de 1946, ni de l'article L. 2511-1 du Code du travail. »

Rapport Ph. Waquet – Cass. soc., 16 nov. 1993.

On distingue donc :

- la grève licite (exercice normal du droit de grève) ;
- la grève abusive (exercice anormal du droit de grève) ;
- les mouvements et actions illicites qui ne relèvent pas de la grève.

1. Une cessation de travail

La grève suppose l'arrêt pur et simple de travail. La cessation de travail doit être totale. À partir du moment où la cessation de travail est totale, aucune durée de la grève n'est exigée.

EXEMPLE

Ne peut constituer un mouvement de grève, la grève limitée à une obligation particulière du contrat de travail. En l'espèce, le mouvement de grève emportait l'inexécution par les salariés de certaines de leurs obligations correspondant aux tâches spécifiques susceptibles de leur être demandées pendant les travaux de maintenance des installations nucléaires. En conséquence, ce mouvement de grève ne tendait qu'à permettre aux salariés de refuser d'être à la disposition de l'employeur en dehors de leur horaire normal pour l'exécution d'obligations particulières. Ce mouvement ne peut donc pas constituer une grève (Cass. soc., 21 oct. 2009, n° 08-14.490, n° 2041).

Les arrêts de travail répétés et de courte durée sont parfaitement licites. La répétition d'arrêts de travail, même de courte durée, ne constitue pas un abus du droit de grève dès lors que ces arrêts n'entraînent pas la désorganisation de l'entreprise.

EXEMPLE

Des salariés qui ont observé un arrêt de travail d'un quart d'heure toutes les heures pendant dix jours, sans qu'aucune désorganisation manifeste et anormale ne soit constatée, n'ont fait qu'exercer leur droit de grève (Cass. soc., 10 juil. 1991, Bull. civ. V, n° 349).

2. Une décision concertée et collective

La grève suppose une décision préalable concertée des salariés, une volonté d'agir commune. La cessation de travail doit être collective.

Peu importe cependant le nombre de grévistes ; aucun pourcentage de salariés n'est requis. La grève peut être limitée à un atelier de l'entreprise.

Elle ne peut en principe être le fait d'un seul salarié.

Il existe néanmoins deux cas, peu fréquents, où un salarié seul peut faire grève :

- s'il répond à un mot d'ordre national comme ce fut le cas d'un cadre répondant à l'appel de la CGC-CFE pour les retraites complémentaires, (Cass. soc., 29 mars 1995, n° 93-41.863) ;
- si l'entreprise ne comporte qu'un salarié, celui-ci peut exercer le droit de grève (Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 93-42.247).

3. L'existence de revendications professionnelles

L'arrêt de travail doit appuyer des revendications professionnelles ; à défaut il sera considéré comme un acte d'indiscipline et non comme une grève.

Les revendications peuvent porter sur :

- l'amélioration des conditions de travail ;
- le paiement d'heures supplémentaires (Cass. soc., 17 juil. 1996, n° 94-42964) ;
- la fourniture d'un moyen de transport (Cass. soc., 18 juin 1996, n° 92-44497, Bull. civ. V, n° 243) ;
- la défense des intérêts des salariés vis-à-vis de menaces sur l'emploi ;
- ou encore de la contestation du plan de restructuration de l'entreprise.

Ces revendications professionnelles doivent avoir été portées à la connaissance de l'employeur avant l'arrêt de travail (Cass. soc., 19 nov. 1996, n° 94-42.631), mais il n'est pas nécessaire qu'il les ait rejetées (Cass. soc., 20 mai 1992, n° 90-45.271).

La présentation de ces revendications peut être faite par d'autres personnes que les grévistes ou les syndicats, par exemple par un courrier de l'inspecteur du travail (Cass. soc., 28 fév. 2007, n° 06-40.944).

4. Préavis de grève

Dans le secteur privé, les grévistes peuvent déclencher un mouvement de grève à n'importe quel moment. Ils n'ont pas à respecter de préavis (Cass. soc., 11 juill. 1989, n° 87-40.727, n° 2937).

Une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu et que seule la loi peut créer un délai de préavis s'imposant à eux (Cass. soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448 ; 12 mars 1996, n° 94-41.670).

B. ABUS DU DROIT DE GRÈVE

La grève entraîne nécessairement une désorganisation de la production. Les tribunaux considèrent que si les moyens mis en œuvre tendent à la désorganisation de l'entreprise au point de mettre en péril son existence, ces moyens cessent d'être légitimes. Il y a alors exercice abusif du droit de grève et le mouvement est illicite.

Pour qu'il y ait désorganisation, il faut que cette désorganisation soit manifeste et anormale.

Ainsi l'organisation d'une grève par roulement, dans des conditions permettant à une minorité de grévistes d'empêcher la production et au reste du personnel d'être payé sans travailler, et aboutissant à la fermeture de l'usine est abusive.

En revanche, il n'y a pas abus du droit de grève :

- dès lors que des arrêts successifs de travail (série d'arrêts courts mais répétés) ont seulement provoqué une désorganisation de la production, tandis que l'entreprise qui n'a pas perdu sa clientèle, n'a pas été désorganisée (Cass. soc., 7 avr. 1993, n° 91-16.834, Bull. civ. V, n° 111) ;
- ou si aucune désorganisation manifeste et anormale n'a résulté du mouvement suivi dans l'entreprise.

En l'absence de dispositions légales précisant les formes que doivent revêtir les arrêts de travail pour constituer une grève, rien ne permet de dire que tel ou tel arrêt de travail caractérise un abus du droit de grève. La preuve de l'abus résultera de données de fait qu'apprécieront les tribunaux.

On peut envisager plusieurs formes d'arrêts de travail, qui suivant les faits sont considérés comme constitutifs d'une grève ou constitutifs d'un mouvement abusif :

- **Les débrayages répétés de courte durée** à partir du moment où il y a cessation totale du travail sont considérés comme une forme de grève (Cass. soc., 10 juil. 1991, n° 89-43.147). Les débrayages répétés de courte durée se succédant à un rythme variable cessent d'être une modalité régulière d'exercice du droit de grève lorsqu'ils procèdent d'une volonté de nuire à la situation économique de l'entreprise ou entraînent une désorganisation totale. Il en est ainsi lorsque certains salariés procèdent à des débrayages inopinés et intermittents qui paralysent toute une production et permettent au reste du personnel d'être payé sans rien faire (Cass. soc., 11 juin 1981, n° 79-42.013).
- **La grève tournante** qui se traduit par des arrêts de travail affectant successivement dans l'entreprise soit des catégories professionnelles, soit des secteurs d'activité, services ou ateliers. Cette forme de grève est admise, sauf lorsque l'employeur apporte la preuve d'un abus qui peut résulter d'une désorganisation totale.
- **La grève perlée** qui, sans prendre la forme d'un arrêt de travail, se traduit par un ralentissement anormal de la cadence de production. Elle ne constitue pas une grève, c'est une inexécution des obligations découlant du contrat de travail qui engage la responsabilité contractuelle du salarié et autorise l'employeur à mettre en œuvre son pouvoir disciplinaire.
- **La grève bouchon**, résultant de l'arrêt de travail des salariés d'un atelier ou d'un service, se situe en général à un point névralgique de l'entreprise et a pour conséquence d'en bloquer tout ou partie du fonctionnement. Dans son principe, elle est licite, à moins qu'elle ne se traduise par une complète désorganisation de l'entreprise, lui infligeant un préjudice excessif.

- **La grève surprise** est en principe régulière. Elle peut revêtir un caractère abusif si elle aboutit à une désorganisation totale de l'entreprise, notamment à une paralysie totale de l'entreprise (Cass. soc., 26/11/77, n° 76-40.603).

Le fait pour les salariés d'avoir choisi un moment particulièrement gênant pour déclencher leur mouvement ne caractérise pas un abus du droit de grève.

Est licite l'arrêt inopiné du travail des caissières d'un magasin à grande surface à un moment où l'affluence atteignait 3 000 personnes, ce qui avait entraîné de nombreux vols par les clients, dès lors que les caissières avaient complètement cessé le travail. Il aurait appartenu à l'employeur, pour qui la grève était prévisible, puisqu'il avait fait venir un huissier pour la constater, de prendre les mesures nécessaires pour en pallier les conséquences dommageables (Cass. soc., 13 mars 1980, n° 78-41.613).

- **La grève de solidarité** déclenchée pour soutenir des revendications émises par d'autres salariés de la même entreprise (grève de solidarité interne) ou d'une autre entreprise (grève de solidarité externe) n'est légitime que si elle a pour but de défendre les intérêts professionnels et collectifs des salariés.

Cette grève est licite dès lors qu'elle se rattache à une revendication d'ordre professionnel concernant l'ensemble du personnel.

C'est le cas pour une grève déclenchée pour soutenir un délégué syndical menacé de licenciement à un moment où il défend des revendications salariales (Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10.685).

Mais la grève déclenchée à la suite d'un licenciement pour un motif strictement personnel doit être considérée comme illicite (Cass. soc., 18 mars 1982, n° 80-40.576).

- **La grève politique** qui consiste en une protestation contre les décisions de la puissance publique est illicite (Cass. soc., 5 oct. 1960, n° 59-40.439).

Cependant si la grève a à la fois un caractère politique et un caractère professionnel, les juges du fond devront rechercher quelles ont été ses causes déterminantes (Cass. soc., 29 mai 1979, n° 78-40.553).

On peut envisager plusieurs comportements des salariés, qui, suivant les faits, ne sont pas toujours des mouvements abusifs :

- **L'occupation des lieux de travail :**

Selon la jurisprudence dominante, le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des lieux de travail.

L'occupation des lieux de travail constitue un trouble manifestement illicite, notamment lorsqu'elle entrave gravement la liberté du travail (Cass. soc., 21 juin 1984, n° 82-16.596) : il s'agissait en l'espèce d'interdire l'accès de l'usine à quiconque, notamment au directeur et au personnel non-gréviste.

Mais la jurisprudence admet que lorsque l'occupation des lieux de travail est à la fois symbolique, bénigne et très momentanée, elle ne constitue pas un acte abusif. Il en est ainsi d'une occupation purement symbolique, alors qu'aucune entrave n'a été apportée par les grévistes à la liberté du travail (Cass. soc., 26 fév. 1992, n° 90-40.760).

- **Le piquet de grève :**

Le piquet de grève consiste en un regroupement des salariés grévistes devant l'entrée de l'entreprise. Cette forme de protestation en vue d'inciter les non-grévistes à cesser le travail, et à gêner le fonctionnement de l'entreprise est licite pour autant qu'elle n'entraîne pas la désorganisation de l'entreprise et n'entrave pas la liberté du travail (Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.714).

Lorsque le piquet de grève aboutit au blocage des portes de l'établissement, et par conséquent à l'interdiction de l'accès à l'usine aux autres salariés, l'exercice anormal du droit de grève est caractérisé (Cass. soc., 8 déc. 1983, n° 81-14.238).

Mais si ces mouvements perturbent trop gravement le fonctionnement de l'entreprise et le mettent ainsi en péril, ce n'est plus l'exercice normal du droit de grève mais il y a abus et manquement grave aux conditions d'exécution de travail.

Ainsi, lorsqu'un certain seuil de désorganisation de l'entreprise est franchi, la grève n'est plus licite.

II. EFFETS SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

La grève suspend le contrat de travail des salariés grévistes mais le droit au travail des salariés non-grévistes subsiste.

A. SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL DES SALARIÉS GRÉVISTES

L'article L. 2511-1 du Code du travail dispose expressément que :

« L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. »

Pour toute la durée de la grève, le contrat de travail se trouve donc simplement suspendu ; il en résulte toute une série de conséquences tant en ce qui concerne le lien de subordination caractéristique du contrat de travail que l'exécution des obligations nées du contrat.

La suspension du contrat ne porte que sur l'exécution de l'obligation de fournir le travail convenu ; le salarié demeure lié par ses autres obligations comme celles de fidélité ou de non-concurrence. Il ne peut se faire embaucher par une autre entreprise et l'employeur doit le reprendre à la fin de la grève. L'ancienneté acquise est conservée. Le salarié fait toujours partie de l'entreprise. Cette suspension entraîne différentes conséquences :

B. INCIDENCES SUR LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

La suspension du contrat entraîne en principe l'inapplicabilité des dispositions du règlement intérieur concernant le droit disciplinaire.

Le pouvoir disciplinaire est suspendu à l'égard des grévistes n'ayant pas commis de faute lourde, aucune sanction ne peut être prise à leur encontre (Code du travail art. L. 2511-1). En outre, le fait de commettre pour un gréviste des fautes qui seraient considérées comme sérieuses ou graves dans la vie normale de l'entreprise ne peut être sanctionné.

Ainsi une bousculade entre non-grévistes et grévistes constitue une faute, mais non une faute lourde.

Par application de l'article L. 2511-1 du Code du travail, il est donc impossible de licencier les responsables et même de leur infliger une sanction inférieure telle l'avertissement ou la mise à pied.

Tout licenciement de salariés grévistes, en l'absence de faute lourde de grève, est « nul de plein droit ». L'article L. 2511-1 frappant de nullité tout licenciement prononcé en l'absence de faute lourde de grève imputable au salarié, il en résulte qu'est également nul le licenciement prononcé à la suite d'une faute sérieuse ou grave mais non lourde.

Ainsi, le salarié en grève illégalement évincé de l'entreprise peut saisir le juge des référés prud'homal et obtenir une ordonnance de « réintégration dans son poste » sous astreinte journalière. Cette faculté est toutefois peu utilisée, le salarié préférant l'allocation de substantiels dommages-intérêts à la réintégration forcée.

C. INCIDENCES SUR CERTAINS ÉLÉMENTS DU CONTRAT

1. L'incidence sur la période d'essai

Lorsque la grève intervient au cours de la période d'essai, celle-ci sera allongée d'une durée équivalente. Il s'agit d'une période test.

2. L'incidence sur le préavis de rupture du contrat : la grève ne prolonge pas le contrat de travail

Le préavis de rupture du contrat de travail est un délai préfix. En cas de grève pendant un préavis signifié avant le déclenchement du conflit l'employeur n'est pas tenu d'accorder à la reprise du travail le temps de préavis correspondant aux journées de grève (Cass. soc., 3 oct. 1968, n° 67-40.226).

En revanche selon l'administration, le préavis signifié au cours d'une grève ne commence à courir qu'à compter de la reprise du travail (Rép. Min. n° 7992, 28 nov. 1957, JO AN Q, p. 5015).

3. L'incidence sur les contrats précaires

Les contrats précaires ne sont pas prolongés du temps de grève et prennent fin normalement à l'échéance prévue.

4. L'incidence sur le calcul des congés payés, les jours fériés

La période de grève n'est pas assimilée à un temps de travail pour le calcul des congés payés.

L'employeur n'est pas tenu de rémunérer tous les jours fériés même le 1^{er} mai inclus dans une période de grève (Cass. soc., 5 fév. 2002, n° 96-43.898).

5. L'incidence sur l'ancienneté

L'art L. 2511-1 du Code du travail précise que la grève ne pouvant entraîner des discriminations en matière d'avantages sociaux, l'ancienneté continue à courir.

6. L'incidence sur les mandats de représentation du personnel

La suspension du contrat de travail des grévistes ne concerne pas les mandats d'ordre public des représentants du personnel qui peuvent donc accomplir leur mission habituelle.

D. CUMUL DES CAS DE SUSPENSION

Le cumul des cas de suspension peut se présenter à l'occasion de la maladie ou des congés payés qui constituent, comme la grève, une suspension du contrat de travail.

Il s'agit alors de déterminer le régime juridique applicable : un malade ou un salarié qui est habituellement gréviste est-il juridiquement malade, en congés payés ou gréviste ?

Lorsque le salarié est juridiquement malade, il peut prétendre au complément conventionnel ou légal des indemnités de la Sécurité sociale. Dans le cas où il est gréviste, il ne peut y prétendre.

La solution est donnée par l'ordre chronologique des situations juridiques. Le gréviste tombant malade avant la fin de la grève, reste, à l'égard de l'employeur gréviste. Le contrat étant déjà suspendu au moment où la maladie survient, il ne percevra pas en principe les allocations complémentaires maladie (Cass. soc., 1^{er} mars 1972, n° 71-40.257).

En revanche, si le salarié est malade avant la grève, le complément conventionnel de rémunération doit être versé dès lors qu'une partie du personnel a pu continuer à travailler pendant la période de grève (Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 85-44.490).

Lorsque le salarié est en congés payés, il reste en congé : même si tout son service est en grève totale. Au retour de congé, il devra prendre position (reprise de travail ou grève).

III. LES INCIDENCES SUR LA RÉMUNÉRATION

Durant la grève, chaque partie se trouve temporairement dispensée d'exécuter ses obligations : le salarié gréviste d'exécuter sa prestation de travail et l'employeur de verser le salaire correspondant.

A. LA RÉDUCTION DE SALAIRE

La rémunération des salariés grévistes ne peut subir qu'un abattement proportionnel à la durée de l'arrêt de travail (Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-45.563), une retenue supérieure pouvant être considérée comme une sanction pécuniaire interdite.

Dans certains cas, un arrêt de travail de quelques minutes peut entraîner une perte de production quasi-journalière.

EXEMPLE

Dans la presse quotidienne, un mouvement de grève de très courte durée peut empêcher la distribution à temps des journaux ou bien un arrêt bref d'une machine peut nécessiter plusieurs heures de remise en marche. Les grévistes doivent-ils subir un abattement proportionnel à la durée de la grève ou participer à la perte globale de production ?

La Cour de cassation dans ces cas précise que l'employeur ne peut opérer une retenue sur les salaires au-delà de la période correspondant à l'arrêt de travail, dès lors que la grève est licite. L'abattement ne peut pas être fonction de la perte globale subie par l'entreprise (Cass. soc., 8 déc. 1988, n° 86-41.751).

Les salariés peuvent obtenir le paiement des heures de grève dès lors que la grève a été motivée par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations (non-paiement des heures supplémentaires) (Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-44. 776).

L'abattement de salaire ne doit pas figurer sur la fiche de paie.

B. LA RÉDUCTION DES PRIMES

L'employeur peut réduire ou supprimer une prime en raison de la participation à une grève sous réserve de tenir compte de : l'article L. 2511.1 du Code du travail qui dispose que l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.

Pour la jurisprudence, cette mesure de réduction ou suppression de prime n'est pas discriminatoire si des absences, autres que celles que la loi assimile à du temps de travail effectif, entraînent la même suppression (Cass. soc., 23 juin 2009, n° 08-42.154 et n° 07-42.677, n° 1439).

Le fait que certaines absences ouvrent droit à la prime, dès lors qu'il s'agit d'absences légalement assimilées à du travail effectif (jours RTT, congés payés, etc.) n'empêche pas la suppression de la prime en cas d'absence pour fait de grève. Cette solution s'applique quelle que soit la prime : prime d'assiduité, prime de fin d'année, prime d'ancienneté, etc.

L'employeur ne peut faire de différence de traitement qu'entre les absences légalement assimilées à du temps de travail et les autres absences pour réduire ou supprimer une prime.

Ainsi n'est pas discriminatoire la suppression d'une prime pour fait de grève dès lors qu'une absence pour maladie, qui n'est pas légalement assimilée à du temps de travail effectif, a les mêmes conséquences (Cass. soc., 23 juin 2009, n° 08-42.154).

En revanche, une différence de traitement pour l'attribution d'une prime entre les absences pour maladie et celles du fait de la grève est discriminatoire (Cass. soc., 23 juin 2009, n° 07-42.677).

De même, elle considère, le fait, après le déclenchement d'une grève, de créer une prime et d'en faire varier le montant suivant que les salariés avaient fait grève ou non constitue une mesure discriminatoire, dès lors que la quantité des tâches demandées au personnel non-gréviste pendant la période de grève n'a pas été plus importante qu'à l'accoutumée (Cass. soc., 2 mars 1994, n° 92-41.134).

Par ailleurs, attribuer une prime aux salariés qui, en plus de leur travail, ont accepté de remplacer leurs collègues le temps de la grève est aussi une pratique illicite (Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.144).

C. LES AIDES AUX GRÉVISTES

La grève suspendant le contrat de travail, les grévistes peuvent se trouver dans une situation financière délicate en cas d'arrêt prolongé de travail. Ils peuvent obtenir, lors de la signature du procès-verbal de fin de conflit, paiement total ou partiel des heures de grève.

Les organisations syndicales peuvent organiser des collectes auprès de leurs adhérents pour aider les grévistes.

En application d'une jurisprudence constante, le comité d'entreprise n'est pas en droit d'affecter aux grévistes des sommes destinées aux activités sociales et culturelles. Cette décision est illégale car il s'agit d'une discrimination à l'égard des non-grévistes mais ils peuvent décider d'attribuer des recours à certains salariés dès lors que ces recours sont destinés à aider les seules familles dans le besoin et non à compenser les pertes de salaire des salariés grévistes (Cass. soc., 8 juin 1977, n° 73-13.681).

Les collectivités locales peuvent également verser des subventions aux grévistes (caisse de grève par exemple). Ces décisions sont également illégales, il n'appartient pas aux collectivités territoriales d'apporter ce soutien financier à l'une des parties en litige (Conseil d'État, 12 oct. 1990, n° 91.324).

IV. LE DROIT AU TRAVAIL DES SALARIÉS NON-GRÉVISTES

Durant la grève, l'employeur est tenu, au nom de la liberté du travail, de fournir aux salariés non-grévistes les moyens d'effectuer leur travail et de leur verser le salaire correspondant.

Il ne peut invoquer une réduction de la production normale des ateliers entraînée par la grève pour procéder à des réductions de salaire ; il le pourrait seulement en mettant en chômage technique partiel ou total les salariés non-grévistes.

L'employeur n'est libéré de ses obligations que s'il apporte la preuve qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de faire fonctionner l'entreprise et qu'il se trouve dans une situation contraignante (Cass. soc., 11 mars 1992, n° 90-42.817). Par exemple, des impératifs de sécurité ou bien une grève bouchon (dix salariés bloquant toute la chaîne en aval) ayant conduit l'entreprise à l'asphyxie.

Les grèves extérieures à l'entreprise, notamment celles ayant lieu dans les services publics, peuvent avoir des répercussions sur l'exécution du travail des salariés. En ce cas, l'employeur peut en fonction de son pouvoir d'organisation apprécier l'opportunité d'une fermeture totale ou partielle de l'entreprise, à condition toutefois que le risque de paralysie soit inéluctable.

En cas de grève des transports, les retards ou absences des salariés ne peuvent leur être imputés et être considérés comme fautes, mais l'employeur, sauf dispositions conventionnelles le prévoyant, n'est pas tenu au paiement des heures d'absence.

SECTION 2. LA VIE DE L'ENTREPRISE PENDANT LA GRÈVE

La grève paralyse la marche de l'entreprise. Cette situation appelle des décisions de la part de l'employeur. D'une part, le comportement de certains salariés peut nécessiter et justifier leur licenciement pour faute lourde.

D'autre part, l'employeur doit exécuter ses obligations à l'égard de ses cocontractants (non-grévistes, clients, fournisseurs) et poursuivre l'activité de l'entreprise malgré la grève. Mais il peut aussi fermer l'entreprise quelques heures ou quelques jours ; c'est le lock-out.

I. LICENCIEMENT POUR FAUTE LOURDE

L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, il n'en est pas de même en cas de faute lourde du salarié. Selon l'article L. 2511-1 du Code du travail, seule une faute lourde peut légitimer le licenciement d'un salarié gréviste.

Celle-ci revêt donc en matière de grève une importance remarquable puisqu'il n'est pas possible de sanctionner ou de licencier un salarié gréviste en l'absence de celle-ci, la Cour de cassation ayant étendu l'exigence d'une faute lourde à toutes les sanctions disciplinaires inférieures au licenciement, tel l'avertissement ou la mise à pied disciplinaire (Cass. soc., 7 juin 1995, n° 93-42.789).

Si aucune faute lourde ne peut lui être reprochée, le licenciement est nul de plein droit (art. L. 2511-1 du Code du travail) et le salarié illégalement licencié peut demander sa réintégration dans l'entreprise. Son contrat de travail n'a pu être valablement rompu et l'employeur devra verser les salaires indûment retenus depuis le licenciement (Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-40.139).

A. NOTION DE FAUTE LOURDE

Selon la jurisprudence, la faute lourde est caractérisée par « l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise » (Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618).

Le Conseil d'État a relevé qu'il devait s'agir :

« D'une faute caractérisée, d'une gravité particulière qui, en principe révèle l'intention de nuire, qui ne peut être excusée par les circonstances et qui doit être appréciée dans chaque cas. »

CE avis 31 mars 1950 BOT 1950.

La notion de faute lourde intervient en cas d'exercice normal du droit de grève et non pas dans le cadre de mouvements illicites ou de graves débordements provoqués par des grévistes (menaces, violences) qui ne s'identifient pas à l'exercice d'un droit.

Dans ces deux dernières situations, les grévistes ne peuvent prétendre à la protection de l'article L. 2511-1 du Code du travail et leur licenciement en l'absence de faute lourde est donc possible.

La faute lourde suppose une participation personnelle du salarié aux faits illicites qui lui sont reprochés, par exemple : l'entrave à la circulation des personnes et des matériels par blocage de l'accès à l'établissement avec des véhicules pendant une seule heure (de 23 h 30 à 0 h 30), sans qu'aucun constat d'huissier ne prouve la participation personnelle du salarié, et le fait de brûler des palettes de bois sans utilisation et sans valeur dans un brasero ne suffisent pas à caractériser la faute lourde (Cass. soc., 13 juil. 1999, n° 97-43.028).

Il n'y a donc pas de responsabilité collective de tous les salariés grévistes en raison des agissements fautifs de certains grévistes. L'employeur devra établir cas par cas la participation personnelle et active du ou des salariés aux actes illicites qui sont reprochés.

B. LES FAITS DE NATURE À CARACTÉRISER LA FAUTE LOURDE

1. L'entrave à la liberté du travail

L'entrave consiste à s'opposer au travail d'autrui.

Il y a entrave même en l'absence de violence, lorsque des grévistes empêchent par quelque moyen que ce soit, que leurs tâches soient exécutées par d'autres salariés, il y a faute lourde (Cass. soc., 9 fév. 1984, n° 81-42.759 et Cass. soc., 10 fév. 2009, n° 07-43.939).

Il en est ainsi, par exemple, pour des grévistes qui, voulant faire obstacle au déchargement de camions, ont bloqué les portes et les voies d'accès de l'entreprise, bousculé le directeur de la société et exercé des voies de fait sur un salarié non-gréviste pour des grévistes qui interdisent l'accès aux locaux.

2. La séquestration

La séquestration constitue une faute lourde, peu importe qu'elle s'accompagne de violence dès lors qu'il est établi « la privation de liberté ».

EXEMPLE

La séquestration d'un directeur commercial plusieurs heures avec opposition de sa sortie par plusieurs salariés.

3. Les menaces, violences, agressions physiques ou verbales

Celles-ci constituent une faute lourde, par exemple :

- dans le cas d'un gréviste ayant frappé un non-gréviste voulant travailler.
- le fait de frapper un salarié refusant de s'associer à un mouvement de grève.

Celles-ci ne constituent pas une faute lourde, par exemple :

- dans le cas de grévistes ayant proféré des injures en dehors de toute violence.

La faute lourde est surtout le fait des meneurs. Lorsqu'il s'agit d'un représentant du personnel, une faute personnelle doit être établie ; celui-ci ne saurait être présumé responsable du comportement des autres salariés : il doit avoir été l'instigateur des actes fautifs graves ou y avoir pris part (Cass. soc., 16 juil. 1987, n° 84-40.941).

Lorsque l'exercice normal de son mandat de délégué de personnel implique sa présence sur les lieux du conflit et le conduit à être l'interlocuteur de l'employeur, des salariés non-grévistes et des tiers dans la transmission des décisions collectives prises par les grévistes, il ne s'ensuit aucune faute lourde. L'autorisation de licenciement pour faute lourde d'un salarié protégé doit être sollicitée (Code du travail, art. L. 2411-5, L. 2411-3 et L. 2411-8).

C. CONSÉQUENCES DE LA FAUTE LOURDE**1. Possibilité de licencier**

L'existence d'une faute lourde a pour conséquence de permettre de déroger à la règle selon laquelle la grève ne rompt pas le contrat de travail (art. L. 2511-1 du Code du travail).

En effet, la faute lourde peut justifier un licenciement immédiat et sans indemnité de rupture, mais ne dispense pas l'employeur d'accomplir les formalités requises pour le licenciement. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont affirmé que la faute lourde ne rompt pas automatiquement le contrat de travail mais constitue simplement un motif de licenciement sans préavis ni indemnité. Si la faute lourde est reprochée à un représentant du personnel, le licenciement devra respecter les formes propres à cette catégorie de salariés. CE Avis, 31 mars 1950 : BO Trav. n° 1950, p. 870.

La faute lourde du salarié à l'occasion d'une grève rend licite son licenciement immédiat (art. L. 2511-1 du Code du travail).

L'ensemble des règles et formalités applicables en matière de licenciement doivent être respectées en cas de faute lourde de grève ; le salarié peut être mis à pied de façon conservatoire afin de l'éloigner de l'entreprise durant cette période. L'employeur doit notifier le congé et ne peut se contenter de prendre acte de la rupture.

2. Possibilité de choisir une autre sanction

Néanmoins, l'employeur a le choix de la sanction, il peut mettre en place une sanction inférieure telle la mise à pied disciplinaire.

Il est permis à l'employeur, dans l'intérêt de l'entreprise, de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute la condition de ne pratiquer aucune discrimination au sens de l'article L. 1132-2 du Code du travail, Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-42.270.

Ainsi, l'employeur qui licencie pour faute lourde un salarié qui, au cours d'un mouvement de grève, s'est enfermé dans un camion garé en travers du portail d'entrée de l'entreprise et a empêché tout mouvement de véhicules, sans licencier deux autres grévistes auteurs des mêmes agissements, ne commet pas une discrimination au sens de l'article L. 1132-2 du Code du travail (Cass. soc., 1^{er} fév. 1995, n° 91-44.908).

En fait l'employeur souhaite rarement procéder au licenciement de l'ensemble des membres du groupe fautif. Il peut donc individualiser les sanctions en fonction de la gravité des fautes commises et du passé professionnel de chacun d'eux. Une discrimination syndicale dans les licenciements entraînerait toutefois la nullité desdits licenciements et constitue un délit pénal.

Enfin, le salarié, auteur de la faute lourde, peut se voir condamner à des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à l'employeur.

3. La réintégration du salarié

Aux termes de l'article L. 2511-1, du Code du travail, en cas de grève, le licenciement prononcé en dehors du cas de faute lourde est nul de plein droit.

La nullité du licenciement doit entraîner la réintégration du salarié, et le salarié gréviste dont le licenciement est nul a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, peu importe qu'il ait ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période.

4. L'autorisation administrative préalable

Aux termes des articles L. 2411-5, L. 2411-3 et L. 2411-8 du Code du travail, le licenciement des représentants du personnel et des délégués syndicaux ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. L'inspecteur du travail contrôle le caractère non discriminatoire du licenciement et le degré de gravité de la faute invoquée.

II. L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

La grève entraîne nécessairement une désorganisation de la production.

Pourtant, et malgré la grève, le chef d'entreprise doit continuer à exécuter ses obligations : les clients, les fournisseurs exigent le respect des dispositions contractuelles ; les non-grévistes revendiquent leur droit au travail. Il faut de plus éviter une baisse de production engendrée par la grève.

La grève ne constitue pas un cas de force majeure : elle n'est en effet ni imprévisible ni irrésistible, ni extérieure aux parties.

La Chambre sociale a rappelé que :

« Il n'est pas interdit à l'employeur d'organiser l'entreprise pour assurer la continuité de son activité. »

Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-22.025.

La Cour de cassation a ici approuvé une cour d'appel d'avoir décidé que le fait pour une entreprise, chargée du ramassage du lait auprès des producteurs et de sa transformation, d'avoir eu recours à des bénévoles pour conduire des camions à la place des grévistes et assurer le ramassage du lait ne constituait pas une atteinte au droit de grève justifiant l'intervention du juge des référés.

L'employeur va donc s'efforcer de concilier le droit de grève avec la nécessité d'assurer la continuité du service, en respectant certaines interdictions.

A. INTERDICTION DE RECOURS À DES CONTRATS À DURÉE DÉTERMINÉE OU À DES CONTRATS DE TRAVAIL TEMPORAIRE

Certains modes de remplacement des salariés grévistes sont expressément interdits par la loi.

Le remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail ne peut faire l'objet :

- ni d'un contrat de travail à durée déterminée (art. L. 1242-6 du Code du travail) ;
- ni d'un contrat de travail temporaire (art. L. 1251-19 du Code du travail).

Ces infractions sont pénalement réprimées.

L'employeur ne peut pas demander à des intérimaires, déjà présents dans l'entreprise au moment du déclenchement de la grève, d'accomplir, en plus de leur travail, celui des grévistes (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.634).

Une solution distincte est retenue pour les administrations publiques. En effet, le Conseil d'État (18 janvier 1980) a précisé qu'ayant l'obligation d'assurer, notamment en cas de grève, la continuité du service public et devant prendre toute mesure nécessaire à cet effet, une autorité administrative, qui se trouve dans l'impossibilité d'opérer un recrutement temporaire immédiat d'agents publics, est autorisée à recourir à du personnel fourni par une entreprise de travail temporaire.

B. RECOURS AU PERSONNEL NON-GRÉVISTE

1. Mutation des non-grévistes

L'employeur peut muter des salariés non-grévistes aux postes des grévistes. Ce changement d'affectation entre dans le pouvoir de direction du chef d'entreprise. Les grévistes qui s'y opposeraient commettraient une faute lourde, celle d'entrave à la liberté du travail.

Ce remplacement présente toutefois un inconvénient juridique car il peut constituer une modification temporaire du contrat de travail des salariés remplaçant les grévistes, en raison de l'affectation à un emploi relevant d'une qualification inférieure.

2. Aménagement provisoire des conditions de travail

L'employeur peut demander aux salariés un aménagement provisoire de ses conditions de travail dans l'intérêt de l'entreprise mais il ne peut, semble-t-il, lui imposer à cette occasion un déclasserement professionnel même provisoire ; le refus du salarié rendrait la rupture imputable à l'employeur (sans être cependant nécessairement abusive).

3. Heures supplémentaires

Le chef d'entreprise peut demander aux non-grévistes d'effectuer des heures supplémentaires.

Enfin, après le conflit, l'employeur peut rattraper la production en faisant travailler tous les salariés (ex-grévistes et non-grévistes) en heures supplémentaires.

C. RECOURS À DES ENTREPRISES EXTÉRIEURES

L'employeur est en droit de faire appel à des entreprises de service, sauf à des entreprises de travail temporaire.

Il peut conclure un contrat de sous-traitance pour faire réaliser une partie de l'activité de l'entreprise. L'entreprise sous-traitante interviendra sur les lieux mêmes de la production en envoyant ses propres salariés sur les lieux mêmes de la production en envoyant ses propres salariés sur les lieux de l'entreprise. Elle peut aussi réaliser la production dans ses propres locaux.

Il peut transférer des activités dans d'autres établissements de groupe (cas des entreprises multinationales qui organisent des systèmes de substitution en cas de grève).

Enfin, après le conflit, l'employeur peut rattraper la production en faisant travailler tous les salariés (ex-grévistes et non-grévistes) en heures supplémentaires.

D. RÉQUISITION DES SALARIÉS GRÉVISTES

Le droit de réquisition vaut principalement pour les services publics en cas d'atteinte grave à la continuité du service mais il peut être mis en œuvre dans les entreprises privées, lorsque l'interruption de leur activité serait de nature à compromettre l'ordre public.

Toutefois, la Cour de cassation a jugé que le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner la réquisition de salariés grévistes quand bien même cette mesure est nécessaire pour prévenir un dommage imminent (Cass. soc., 25 fév. 2003, n° 01-10.812).

Pour obtenir la réquisition des salariés grévistes, l'employeur ne peut que se retourner vers le préfet, seul compétent.

Le droit de requérir des salariés grévistes a été reconnu au préfet par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Selon cette loi, la réquisition doit être imposée par l'urgence et être proportionnée aux nécessités de l'ordre public, par exemple dans une clinique privée.

L'employeur ne peut en aucun cas s'arroger le pouvoir de réquisitionner des salariés grévistes si un texte ne l'y autorise pas expressément (Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-43.603).

E. SERVICE MINIMUM DANS LES TRANSPORTS PUBLICS

La loi du 21 août 2007 (n° 2007-1224) a instauré un service minimum dans les transports publics réguliers de personnes à vocation non touristiques. Cette loi vise à garantir aux usagers, en cas de grève, un service réduit mais prévisible. Elle porte sur la prévention des conflits et l'organisation du service en cas de grève.

Un préavis de grève doit être respecté précisant les motifs du recours à la grève, parvenir 5 jours francs avant le déclenchement du mouvement à la direction. Il doit fixer le lieu, la date, l'heure de début et la durée limitée ou non de la grève.

L'autorité organisatrice des transports doit assurer l'organisation de la continuité du service public, en mettant en place un plan de transport adapté et un plan d'information des usagers.

III. LA FERMETURE DE L'ENTREPRISE (LOCK-OUT)

Le lock-out consiste pour l'employeur à fermer volontairement et temporairement l'entreprise en réponse à une grève ou à une menace de grève de son personnel.

À la différence de la grève, le lock-out n'est pas un droit constitutionnel et le législateur ne s'est pas prononcé expressément sur le lock-out.

A. CONDITIONS DE RÉGULARITÉ DU LOCK-OUT

La jurisprudence, en l'absence de dispositions légales a déterminé les conditions de la régularité du lock-out.

Pour la Cour de cassation, le lock-out est en principe irrégulier parce qu'il est une méconnaissance par l'employeur de son obligation contractuelle de fournir du travail. Toutefois elle admet, conformément aux dispositions générales du droit des contrats, que l'employeur peut être exonéré de cette faute s'il apporte la preuve que la décision de fermer l'entreprise résulte :

- soit d'une situation de force majeure ou d'une situation contraignante ;
- soit de l'inexécution fautive par les salariés de leurs propres obligations ;
- soit de la nécessité d'assurer, dans le cadre de ses pouvoirs de direction, un minimum d'ordre et de sécurité dans l'entreprise.

1. La force majeure ou la situation contraignante

La force majeure est un événement imprévisible, irrésistible et extérieur qui rend impossible l'exécution du contrat de travail.

L'existence d'une force majeure peut contraindre l'employeur à fermer son entreprise. Toutefois, les difficultés à réunir les critères de la notion de la force majeure à l'égard d'une grève ont amené la Cour de cassation à préférer la notion de « situation contraignante » (Cass. soc., 18 janv. 1979, n° 77-40.982).

En effet, la grève n'est pas un événement imprévisible pour l'employeur puisqu'il a été informé des revendications qui l'ont déterminé, ni étrangère à l'entreprise.

Pour rechercher l'existence d'une situation contraignante la jurisprudence retient un des critères de la force majeure : le caractère irrésistible ou insurmontable. Les tribunaux recherchent en effet si la situation invoquée par l'employeur l'a placé dans l'impossibilité de fournir du travail aux salariés non-grévistes.

Selon, la Cour de cassation la fermeture de l'entreprise ou d'un service est justifiée lorsque la grève crée une situation contraignante mettant l'employeur dans l'impossibilité absolue de fournir aux salariés un travail normal (Cass. soc., 25 fév. 1988, n° 85-46.371).

La jurisprudence a reconnu l'existence d'une force majeure ou d'une situation contraignante, autorisant l'employeur, confronté à un conflit collectif, à fermer l'entreprise dans plusieurs cas notamment lorsqu'il y a :

- **Occupation des lieux de travail par les grévistes**, l'employeur ne pouvant fournir du travail aux non-grévistes, en dépit de ses efforts pour obtenir l'évacuation des lieux (Cass. soc., 6 oct. 1971, n° 71-40.105).
- **Désorganisation de l'entreprise ou de la production**, la volonté des salariés grévistes de désorganiser l'entreprise ou la production peut légitimer la fermeture de l'entreprise. Tel est le cas lorsque les arrêts de travail sont de courte durée et sont pratiqués uniquement aux heures des repas, à un moment où des clients sont présents dans l'établissement, afin de désorganiser l'entreprise de restauration et lorsque l'employeur pouvait légitimement craindre leur renouvellement (Cass. soc., 6 fév. 1985, n° 82-43.173 bis à 82-42.195).

En revanche, la désorganisation de la production limitée à un ou plusieurs services ne légitime pas un lock-out.

Il en est de même lorsque la désorganisation de la production ne justifie pas la fermeture d'une entreprise dès lors qu'avertie la veille de la grève et de ses modalités, l'employeur avait disposé du temps nécessaire pour réorganiser provisoirement les services défaillant et procurer du travail aux ouvriers se présentant aux heures prévues pour leur prise de poste Cass. soc., 5 juin 1973, n° 72-40.570.

2. L'exception d'inexécution : la grève illicite

En présence d'un mouvement qui ne constitue pas l'exercice normal du droit de grève, celui-ci s'analyse en un mouvement illicite. Il y a inexécution par le salarié de ses obligations contractuelles. L'employeur peut licencier le salarié mais il peut préférer opposer l'exception d'inexécution.

L'exception d'inexécution permet à une partie au contrat de ne pas exécuter son obligation quand l'autre cocontractant n'exécute pas la sienne.

Le mouvement illicite, étant une inexécution fautive du contrat de travail par les salariés, autorise l'employeur à ne pas exécuter son obligation de fournir du travail et à procéder à la fermeture l'entreprise.

La Cour de cassation légitimant le lock-out concerne tous les cas de grèves dont les modalités sont illicites tels, les débrayages répétés et grèves tournantes.

L'employeur oppose ainsi à chaque salarié un moyen légal de rétorsion ; celui-ci ne concerne pas les non-grévistes. La Cour de cassation exige en effet que l'exception d'inexécution soit prouvée à l'égard de chaque salarié pris individuellement (Cass. soc., 20 oct. 1976, n° 75-40.546).

3. La nécessité d'assurer l'ordre et la sécurité

La fermeture temporaire de l'entreprise, décidée par l'employeur est légitime, lorsqu'elle répond à la nécessité de maintenir l'ordre et la sécurité. Par exemple lorsque les agissements de grévistes sont susceptibles d'entraîner des actes de violences à l'encontre des non-grévistes (Cass. soc., 21 mars 1990, n° 86-44.190).

B. LES EFFETS SUR LES CONTRATS DE TRAVAIL

Le lock-out licite emporte suspension du contrat de travail : aucun travail n'est demandé au salarié ; en contrepartie, l'employeur peut être dispensé de payer les salaires correspondant à la période de lock-out.

Mais l'employeur qui, à la suite d'un mouvement de grève, procède à une fermeture de l'entreprise, doit apporter la preuve d'une situation contraignante de nature à se libérer de son obligation de fournir du travail à ses salariés (Cass. soc., 16 juill. 1987, n° 84-43.308).

Toutefois, même si l'employeur est contraint d'arrêter totalement certaines activités de l'entreprise du fait de la grève, il doit rémunérer les salariés s'il ne rapporte pas la preuve qu'il était impossible de leur fournir des tâches supplétives (Cass. soc., 30 sept. 2005, n° 04-40.193).

C. ILLICÉITÉ DU LOCK-OUT

La loi n'autorise pas l'employeur à fermer l'entreprise lorsqu'une grève éclate, le lock-out portant atteinte au droit de grève.

Selon la Cour de cassation, le lock-out constitue une **faute contractuelle** susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de chacun de ses salariés.

Les juges déclarent illicite la fermeture de l'entreprise par l'employeur lorsque cette décision est prise comme un moyen :

- De pression pour dissuader les salariés de recourir à la grève ; dans ce cas, le lock-out est analysé comme une volonté de briser le grève en préparation, et la fermeture de l'entreprise alors qu'aucune grève n'a encore eu lieu est constitutive d'une faute (Cass. soc., 5 juin 1973, n° 72-40.570).
- De différer la reprise du travail. En principe l'employeur n'a pas le droit de retarder la reprise du travail après une grève, les salariés grévistes sont libres de décider du moment où ils mettent fin à la grève (Cass. soc., 6 nov. 1974, n° 73-40.555).
- De faire des économies de salaires à l'égard des non-grévistes. La fermeture de l'entreprise, avec non-paiement des salariés non-grévistes, au seul motif que son fonctionnement avec un personnel moins nombreux est plus coûteux pour un rendement faible est en principe fautif (Cass. soc., 8 mars 1972, n° 71-40.429).

SECTION 3. LES RECOURS À LA JUSTICE

L'intervention du juge sera sollicitée dans bien des cas :

- appréciation de l'abus dans l'exercice du droit de grève ou d'un mouvement illicite ;
- faute lourde ;
- lock-out.

Il s'agit maintenant d'examiner comment l'employeur pourra, au cours du conflit, obtenir l'expulsion des grévistes et, après le conflit, rechercher les responsabilités civiles et pénales.

I. L'EXPULSION DES GRÉVISTES

L'occupation de l'entreprise par les grévistes rend la grève très efficace : aucune production n'est désormais possible et il y a atteinte à la liberté de travail des non-grévistes. L'autorité de l'employeur est bafouée ainsi que son droit de propriété : il n'est plus le maître chez lui. Il va donc recourir à la justice pour pouvoir disposer des locaux de l'entreprise. On examinera ainsi la demande en justice puis la décision judiciaire et son exécution.

A. LA DEMANDE EN JUSTICE

1. Fondement juridique

La demande relève du droit commun : l'article 809 du nouveau Code de procédure civile permet au juge des référés du tribunal de grande instance « même en présence d'une contestation sérieuse » de prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour « faire cesser un trouble manifestement illicite ». Il peut ordonner l'expulsion des grévistes.

La Cour de cassation a reconnu la compétence du juge des référés : si la grève est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite. Il est compétent dès lors qu'il y a lieu de faire cesser un tel trouble (Cass. soc., 26 sept. 1990, n° 88-41.375).

2. Les conditions de l'intervention du juge des référés

Deux conditions doivent être réunies :

- l'urgence ;
- l'absence de contestation sérieuse.

3. Les défendeurs

Le problème se pose de déterminer si l'employeur doit assigner les grévistes occupants, ce qui compte tenu de leur nombre peut être source de complexité et matériellement impossible, ou s'il peut se contenter d'assigner les meneurs du mouvement.

Le problème se pose de la portée de l'ordonnance d'expulsion rendue en référé, puisqu'il est de règle que des décisions de justice ne puissent avoir d'effet qu'à l'égard des personnes nommément désignées dans l'assignation.

La Cour de cassation relève la difficulté pratique d'assigner individuellement tous les occupants et admet le recours à une procédure non contradictoire (celle de l'ordonnance sur requête de l'article 812 du nouveau Code de procédure civile).

La Cour de cassation admet que l'employeur puisse obtenir du président du tribunal de grande instance une ordonnance sur requête ordonnant l'expulsion de l'ensemble des grévistes, ceci en raison de l'urgence à prévenir un dommage imminent, de la difficulté pratique d'appeler individuellement en cause tous les occupants et de la possibilité pour les dirigeants de fait du mouvement de grève de présenter les moyens de défense de l'ensemble du personnel (Cass. soc., 17 mai 1977, n° 75-11.474).

B. LA DÉCISION JUDICIAIRE ET SON EXÉCUTION

« [Le juge] peut prescrire les mesures [...] pour faire cesser un trouble manifestement illicite. »

NCPC, art. 809.

Il n'est pas tenu d'ordonner l'expulsion.

S'il l'ordonne, le préfet doit en principe demander aux forces de l'ordre d'intervenir pour exécuter la décision.

1. La décision du juge

Le juge n'est pas tenu d'ordonner l'expulsion. Il va d'abord s'assurer de l'existence d'un trouble manifestement illicite, à défaut, il rejettera la demande.

Il la rejettera également s'il relève le caractère non-violent de l'occupation.

Il ne l'accordera pas nécessairement dans l'affirmative. Il peut en effet être hostile à l'emploi de la force ou considérer qu'une telle décision n'entraînera pas reprise du travail.

Il peut utiliser une troisième voie en désignant un expert avec pour mission de tenter de faire progresser la solution du conflit. Depuis la loi du 8 février 1995, il peut désigner un médiateur qui convoquera les partenaires sociaux afin d'élaborer une solution au conflit.

Si aucun accord n'est signé, le juge devra statuer sur l'expulsion demandée et, s'il l'accorde, impartir un délai aux occupants pour l'exécuter.

2. L'exécution de la décision

Comme toute décision de justice, l'ordonnance d'expulsion est susceptible d'exécution « amiable » ou, à défaut, d'exécution forcée. Il se peut que même muni d'un titre exécutoire d'expulsion, l'employeur n'obtienne pas l'évacuation des grévistes.

L'employeur devra solliciter auprès du préfet le concours de la force publique afin d'expulser les occupants.

L'autorité administrative doit en principe accorder son concours à l'exécution de la décision judiciaire. Le Conseil constitutionnel a rappelé que « le préfet est en principe tenu d'agir » ; il n'a pas à se faire juge de la légitimité de l'ordonnance d'expulsion rendue par le juge judiciaire.

Mais l'autorité administrative peut, en invoquant les nécessités de l'ordre public, refuser à l'employeur le concours de la force publique. Dans ce cas, l'employeur pourra réclamer à l'État des dommages et intérêts pour le préjudice causé par cette carence administrative.

Par ailleurs, il convient de préciser que le refus d'évacuation des locaux par les grévistes, malgré une ordonnance d'expulsion peut entraîner :

- le licenciement des salariés concernés pour faute lourde ;
- la condamnation des représentants du personnel à des dommages-intérêts dans les cas où il est prouvé qu'ils ont incité les salariés à ne pas évacuer les locaux.

II. LES RESPONSABILITÉS CIVILES ET PÉNALES

Aucune responsabilité n'est encourue en cas d'exercice normal du droit de grève, les salariés grévistes bénéficiant d'un statut protecteur.

Mais, en cas d'abus du droit de grève ou de mouvement illicite, la responsabilité civile des grévistes, des représentants du personnel, des syndicats peut être engagée par l'employeur ou les non-grévistes.

La responsabilité pénale engage les auteurs des agissements délictueux.

A. LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET LA GRÈVE

1. L'application de l'article 1382 du Code civil

La grève peut avoir causé un préjudice à l'entreprise (perte de production, paiement des salaires sans contrepartie de travail) et/ou aux non-grévistes (perte de salaires).

L'action en réparation sera engagée sur le fondement de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil, selon lequel :

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Trois conditions doivent donc être réunies :

- un comportement fautif ;
- un préjudice ;
- établissement d'un lien de causalité entre le préjudice et la faute.

Mais cette action de droit commun est ici mise en œuvre avec un certain particularisme.

La victime ne cherche pas véritablement à être indemnisée, d'autant que grévistes, meneurs et représentants du personnel sont généralement peu solvables ; l'article 1382 sert ici à dissuader les grévistes.

2. Action contre les grévistes

La responsabilité civile des grévistes ne peut être reconnue que lorsque le demandeur, employeur ou non-gréviste, allègue un préjudice lié aux agissements personnels et fautifs des grévistes.

Il faut donc :

- Un préjudice

La responsabilité civile d'un salarié gréviste ne peut être engagée par l'employeur aux fins de réparer le préjudice économique subi par l'entreprise du fait d'une grève que s'il démontre que ce préjudice est distinct de celui que tout mouvement de grève provoque (Cass. soc., 30 mai 1989, n° 86-16.765).

- Une faute personnelle

La mise en œuvre de la responsabilité des grévistes suppose l'existence d'une faute personnelle des grévistes à l'origine du préjudice subi par l'employeur ou par les salariés non-grévistes.

La responsabilité civile des grévistes est retenue lorsque les agissements ne se rattachent pas à l'exercice normal du droit de grève (Cass. soc., 8 déc. 1983, n° 81-14.238).

Lorsque le dommage est l'œuvre de plusieurs salariés grévistes, chacun des coresponsables doit être condamné à le réparer en totalité, quitte à se retourner ensuite contre les autres coauteurs (Cass. soc., 8 déc. 1983, n° 81-14.238).

La responsabilité *in solidum* (solidaire) des grévistes se trouve ainsi en principe exclue. La Haute Cour a censuré un arrêt ayant condamné in solidum avec le syndicat des grévistes à réparer le dommage résultant d'actes illicites sans préciser à quel acte fautif précis chaque salarié condamné avait participé et sans donner mission à l'expert de rechercher le seul dommage résultant du comportement incriminé (Soc. 30 janvier 1991, n° 89-17.332, Bull. civ. V).

Les fonctions de délégué élu ou désigné (délégués du personnel, délégués syndicaux) :

« Ne confèrent à celui qui les détient aucun pouvoir de représentation de salariés grévistes, et encore moins la qualité de commettant responsable des conséquences d'actes illicites commis par eux. »

Le représentant du personnel ne doit donc réparation que du préjudice causé par ses seuls agissements (Soc. 23 juin 1988).

Nécessité d'un lien de causalité

La Cour de cassation exige enfin que l'employeur démontre le lien direct entre la faute des grévistes et le dommage subi. Un employeur a ainsi été débouté d'une demande en remboursement des salaires versés aux non-grévistes empêchés de travailler en raison de l'occupation des locaux car il n'était pas établi que les faits illicites d'occupation aient été à l'origine de ce que les salariés non-grévistes n'avaient pu fournir leur prestation de travail (Cass. Soc. 30 mai 1989, n° 86-16765).

L'employeur n'est pas le seul à pouvoir agir contre les grévistes.

La Cour de cassation reconnaît le droit pour les non-grévistes d'agir contre les grévistes lorsque ceux-ci ont été privés de salaire en raison de piquets de grève ou de l'occupation de locaux. Les grévistes pourront, ici, être condamnés in solidum dès lors que les juges relèvent **leur participation individuelle** à l'entrave à la liberté du travail de l'ensemble du personnel.

Le conseil des prud'hommes est compétent pour statuer sur l'action de l'employeur contre les grévistes comme sur celle des non-grévistes contre les grévistes. En effet de telles actions sont fondées, non sur le conflit collectif, mais sur les agissements individuels des grévistes.

3. Action contre les syndicats

La jurisprudence reconnaît que les syndicats ne sont pas responsables de plein droit des conséquences dommageables des abus commis au cours d'une grève licite. En effet, les grévistes ne sont pas les préposés du syndicat ; ils exercent individuellement le droit de grève et n'engagent pas, par les actes illicites auxquels ils se livrent, la responsabilité de leurs syndicats.

La responsabilité civile des syndicats peut être engagée en raison de leurs agissements lors du déclenchement ou au cours de la grève. La mise en jeu de cette responsabilité suppose :

- un préjudice ;
- une participation effective du syndicat à des agissements fautifs qui peut prendre aussi la forme d'une incitation à commettre des actes fautifs. Par exemple, lorsque les entraves au libre accès de l'entreprise et à la liberté du travail ont été effectuées sur instructions du syndicat (Cass. soc., 30 janv. 1991, n° 89-17.332) ;
- un lien de causalité directe entre le préjudice invoqué et les agissements constatés.

La responsabilité civile des syndicats n'est pas retenue lorsqu'il n'apparaît pas que les syndicats ont, par instructions ou par tout autre moyen, commis des fautes en relation avec les dommages invoqués (Cass. soc., 9 nov. 1982, n° 80-16.929).

L'action contre les syndicats est, à la différence de celle contre les grévistes, de la compétence du tribunal de grande instance, éventuellement du tribunal d'instance.

B. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE ET LA GRÈVE

Les agissements délictueux commis à l'occasion d'une grève engagent la responsabilité pénale de leurs auteurs.

1. Les infractions

L'employeur et les non-grévistes peuvent assigner les fautifs pour diverses infractions :

- séquestration de personnes ;
- détérioration de marchandises, matériels et instruments de travail ;
- violences, blessures et coups volontaires ;
- entrave à la liberté du travail.

Le syndicat étant une personne morale, sa responsabilité pénale peut également être recherchée en raison des infractions commises par ses organes ou ses représentants.

a. La séquestration de cadres dirigeants

C'est une infraction pénale fréquemment relevée lors des conflits collectifs. La Cour de cassation n'exige pas que « la volonté de faire obstacle à la liberté des interlocuteurs soit établie avec certitude » la chambre criminelle a reconnu que constituait le délit de séquestration arbitraire le fait, par des salariés, de retenir, contre son gré, pendant moins de cinq jours, un chef d'entreprise sur les lieux de travail, même s'il n'est pas usé de violences, afin de le contraindre d'accorder les avantages qu'ils réclamaient. (Cass. crim., 23 déc. 1986, n° 85-96.630).

Pour délivrer les personnes séquestrées, il faudra faire appel aux forces de police, mais l'autorité administrative est juge de l'opportunité de prescrire l'intervention de la force. Le refus d'une intervention immédiate n'engage pas nécessairement la responsabilité de l'administration.

Le Code pénal réprime sévèrement le délit de séquestration : de 2 à 5 ans de prison, lorsque la séquestration n'a pas duré plus de 5 jours ; réclusion criminelle lorsque la séquestration a dépassé 5 jours (article 224-1 du Code pénal).

b. L'entrave à la liberté de travail

Elle est réprimée par l'article 431-1 du Code pénal :

« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations [...] l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation peut être considéré comme une menace :

- le fait de dire à un ouvrier non-gréviste « c'est bien, nous t'aurons » ;
- ou encore « puisque tu reprends ton travail, nous resterons en grève jusqu'à ce que tu sois révoqué » ;
- constituent des menaces le fait d'avoir organisé un barrage à la porte d'une usine afin de contrôler les cartes des adhérents d'un groupement syndical et le fait de s'opposer au passage de quelques ouvriers étrangers à ce groupement ;
- et aussi le fait par des piquets de grève d'intimer à d'autres ouvriers l'ordre de cesser leur travail alors que la veille, il avait été décidé que le piquet de grève devrait, en usant de violences, empêcher de travailler les non-grévistes.

c. Les violences

Selon la jurisprudence, elles comprennent les atteintes à l'intégrité personnelle ainsi que tous les actes qui vicient la libre détermination des personnes mais de simples propos de propagande et d'exhortation, non accompagnés de gestes ou de paroles menaçantes ne constituent pas des violences à caractère d'intimidation sérieuse.

d. Les voies de fait

Elles sont caractérisées par des agissements de nature à impressionner les non-grévistes et à les dissuader par peur pour leur sécurité de gagner leur poste de travail.

Par exemple, les grévistes qui se placent devant un train sur la voie, afin d'empêcher son départ, dans le but d'inciter les conducteurs du train à se joindre à la grève commettent une voie de fait.

Il en est de même des ouvriers composant un piquet de grève qui établissent des barrages aux portes d'une usine afin d'empêcher les non-grévistes de se rendre à leur travail et de soumettre à des bousculades et à des bourrades ceux qui tentent de forcer le passage.

e. La violation de domicile peut être invoquée

L'article 226-4 du Code pénal énonce :

« L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte [...] est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

La jurisprudence assimile les lieux de travail au domicile. La simple occupation du lieu de travail n'est pas punissable sur ce fondement ; il faut qu'il y ait eu violence ou voie de fait. Il en est ainsi, par exemple, en cas d'escalade de l'enceinte.

2. La constitution de partie civile

La victime des agissements délictueux peut exercer son action civile devant la juridiction répressive conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale. Celle-ci devra démontrer qu'elle a personnellement et directement souffert du dommage causé par l'infraction.

Cette condition n'est pas remplie par l'employeur qui demande réparation de l'obligation de verser leur salaire aux non-grévistes mis dans l'impossibilité de travailler par le fait d'un délit d'entrave à la liberté du travail.

La Cour de cassation considère en effet qu'un tel préjudice n'a qu'un caractère indirect qui rend irrecevable la constitution de partie civile.

Mais les non-grévistes pourront, eux, se porter partie civile devant la juridiction répressive, sur le fondement de l'entrave à la liberté de travail, pour obtenir indemnisation des salaires perdus.

La victime peut solliciter la condamnation *in solidum* des fautifs. Elle devra démontrer que ceux-ci ont concouru personnellement à l'agissement délictueux, cause du préjudice.

SECTION 4. LE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS

Le conflit peut se régler par une discussion entre l'employeur et les grévistes qui établissent un protocole de fin de grève dont le contenu est libre et dépend de la nature des négociations.

Ces négociations portent souvent sur les salaires, le paiement des jours de grève, les conditions de travail etc.

Cet accord de fin de grève peut prendre la forme soit :

- d'un accord collectif d'entreprise, signé après négociation avec un ou des délégués syndicaux ;
- d'un engagement unilatéral de l'employeur.

L'employeur est tenu de respecter ses engagements. À défaut, il peut être condamné à payer des dommages et intérêts Cass. soc., 2 déc. 1992, n° 90-45.186.

Les avantages attribués par le protocole de fin de conflit doivent s'appliquer à tous les salariés, grévistes et non-grévistes.

La loi a organisé trois procédures de règlement des conflits : la conciliation, la médiation et l'arbitrage auxquelles il convient d'ajouter la conciliation et la médiation judiciaire.

Elle consacre le principe de la négociation :

« Les litiges collectifs font l'objet de négociations soit lorsque les conventions ou accords collectifs du travail contiennent des dispositions à cet effet, soit lorsque les parties intéressées en prennent l'initiative. »

C. trav., art. L. 2521-2.

I. LA CONCILIATION

La loi énonce que :

« Tous les conflits collectifs du travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation. »

C. trav., art. L. 2522-1.

A. LES PROCÉDURES CONVENTIONNELLES

La conciliation est avant tout une procédure conventionnelle. Les conventions collectives doivent contenir des dispositions concernant les procédures de conciliation

Le recours à la conciliation peut également résulter d'un accord particulier et circonstanciel, en vue de soumettre le litige à une commission de conciliation composée de façon paritaire.

B. LA PROCÉDURE LÉGALE

À défaut de procédure conventionnelle, les conflits collectifs peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation (article. L. 2522-1 du Code du travail). Ce recours à la procédure légale est facultatif et n'a pas un caractère préalable.

« [Si le] conflit survient à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche [...], le ministre chargé du travail peut engager directement la procédure de médiation [...] »

C. trav., art. L. 2522-1.

Les commissions nationales ou régionales de conciliation comprennent des représentants des employeurs et des salariés en nombre égal ainsi que des représentants des pouvoirs publics (art. L. 2522-7 du Code du travail).

Les commissions de conciliation peuvent être saisies par :

- les parties au conflit ;
- le ministre du travail ou le directeur régional du travail et de l'emploi ;
- le préfet de région.

Les parties sont tenues de comparaître en personne ou, en cas d'empêchement grave, de se faire représenter (art. L. 2522-3 du Code du travail) ; la non-comparution est sanctionnée par une amende de 1 500 euros au plus.

À l'issue des réunions, le président établit un procès-verbal qui constate l'accord, le désaccord total ou partiel des parties (art. L. 2522-5 du Code du travail).

L'accord intervenu produit les effets des conventions et accords collectifs de travail (art. L. 2522-2). En cas d'échec de la conciliation, le conflit est soumis soit à la procédure d'arbitrage, soit à celle de la médiation (art. L. 2522-6 du Code du travail).

II. LA MÉDIATION

A. LA PROCÉDURE

La procédure de médiation est engagée soit :

- après l'échec d'une procédure de conciliation, par l'autorité administrative ou le président de la commission régionale de conciliation, à la demande de l'une des parties ou de sa propre initiative ;
- soit directement à la demande des parties, ou à l'initiative du ministre du Travail, ou du préfet (art. L. 2523-1 du Code du travail) ;
- soit lorsque les parties présentent conjointement des requêtes à fin de médiation en indiquant le nom du médiateur choisi d'un commun accord.

Les parties au conflit peuvent désigner un médiateur. En cas de désaccord, cette désignation sera effectuée par l'autorité administrative à partir d'une « liste de personnalités choisies en fonction de leur autorité morale et de leur compétence économique et sociale ».

La compétence du médiateur est cantonnée aux conflits d'ordre économique.

Le médiateur dispose d'importantes facultés d'investigation. Le législateur lui confère :

« Les plus larges pouvoirs pour s'informer de la situation économique des entreprises et de la situation des travailleurs intéressés par le conflit. Il peut procéder à toutes enquêtes auprès des entreprises et des syndicats et acquérir des parties la production de tout document ou renseignement d'ordre économique, comptable, financier ou administratif susceptible de lui être utile. »

Il peut faire appel à des experts et à toute personne qualifiée.

Les parties échangent entre elles leur mémoire et le remettent au médiateur.

Celui-ci convoque les parties ; elles doivent comparaître en personne ou, en cas d'empêchement grave, se faire représenter. Le non-respect de ces dispositions est sanctionné par une amende de 3 750 euros.

Après avoir, s'il y a lieu, tenté de concilier les parties, le médiateur leur soumet des propositions afin de régler les points en litige dans le délai d'un mois susceptible de prolongation (art. L. 2523-5 du Code du travail).

Toutefois si le conflit est juridique, portant sur l'interprétation ou la violation d'une disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, le médiateur est incompétent. Il invite alors les parties à saisir la juridiction de droit commun ou à recourir à l'arbitrage (art. L. 2523-5 du Code du travail).

B. LA SOLUTION

Les parties peuvent, dans un délai de huit jours à compter de la réception de la proposition de règlement du médiateur, notifier leur refus. Celui-ci doit être motivé. À défaut d'un tel refus, le médiateur constate l'accord des parties qui sont ainsi liées par ce dernier.

Cet accord entraîne les mêmes effets que les conventions et accords collectifs de travail.

Si les parties refusent la proposition du médiateur, le médiateur en informe le ministre du Travail.

Celui-ci publie, dans le délai de trois mois, les conclusions de la recommandation de médiateur, les rejets motivés des parties et, éventuellement, le rapport du médiateur.

III. L'ARBITRAGE

A. LA SAISINE DE L'ARBITRE

Le recours à l'arbitrage ainsi que l'établissement d'une liste d'arbitres dressée d'un commun accord entre les parties peuvent être prévus par la convention ou l'accord collectif de travail. À défaut, les parties peuvent, d'un commun accord, décider de soumettre à l'arbitrage les conflits qui subsisteraient à l'issue d'une procédure de conciliation ou de médiation (article. L. 2524-1 et L. 2524-2 du Code du travail).

L'arbitre est choisi soit par accord entre les parties, soit selon les modalités qu'elles ont définies.

L'arbitre se fait remettre les pièces établies dans le cadre des procédures de conciliation ou de médiation.

B. LES POUVOIRS DE L'ARBITRE

L'arbitre ne peut statuer sur d'autres points que ceux déterminés par le procès-verbal de non-conciliation ou par la proposition du médiateur, ou encore ceux qui, résultant d'événements postérieurs à ce procès-verbal, sont la conséquence du conflit en cours.

Il ne peut bien sûr revenir sur des points qui ont fait l'objet d'un accord antérieur.

Ses pouvoirs diffèrent de ceux du médiateur.

Notamment il est compétent pour statuer « en droit sur les conflits relatifs à l'interprétation et à l'exécution des lois, règlements, conventions ou accords collectifs de travail » ce qui échappe à la compétence du médiateur.

Il statue en équité sur les autres conflits, notamment sur les salaires et conditions de travail non fixés par les textes, et sur les conflits relatifs à la négociation et à la révision des clauses des conventions et accords collectifs (art. L. 2524-4 du Code du travail).

À l'issue de sa mission, l'arbitre rend une sentence dite « sentence arbitrale » qui doit être motivée.

Celle-ci n'est susceptible que d'un seul recours, le recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi formé devant la Cour supérieure d'arbitrage.

C. LA COUR SUPÉRIEURE D'ARBITRAGE

La Cour supérieure d'arbitrage est composée :

- du vice-président du Conseil d'État ou d'un président de section ;
- de quatre conseillers d'État ;
- de quatre hauts magistrats de l'ordre judiciaire.

La procédure est très courte : l'arrêt est rendu au plus tard huit jours après la formation du recours.

Si la Cour prononce l'annulation en tout ou partie de la sentence arbitrale, elle renvoie l'affaire aux parties qui désignent, si elles en sont d'accord, un nouvel arbitre.

Si, à la suite d'un nouveau pouvoir, la nouvelle sentence est annulée par la Cour supérieure, celle-ci commet l'un de ses rapporteurs pour procéder à un complément d'instruction. Elle va ensuite statuer elle-même.

Elle rend, dans les quinze jours suivant le deuxième arrêt d'annulation, et avec les mêmes pouvoirs qu'un arbitre, une sentence arbitrale qui ne peut faire l'objet d'aucun recours (art. L. 2524-9 du Code du travail).

D. EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE

Tout comme les accords intervenus au cours d'une procédure de conciliation ou de médiation, les sentences arbitrales produisent les effets des conventions et accords collectifs de travail (art. L. 2524-5 du Code du travail). Tous sont soumis aux formalités de dépôt et entrent en vigueur le lendemain de leur dépôt.

EXERCICES AUTOCORRIGÉS

Ne pas envoyer à la correction

Test de vocabulaire et de compréhension

QUESTIONS

Indiquez pour chacune des affirmations suivantes si elle est vraie ou fausse :

1. Tous les salariés peuvent être amenés à négocier des accords collectifs.
2. Les conventions collectives sont obligatoirement à durée déterminée.
3. Le règlement intérieur est rédigé par l'employeur.
4. Un usage devient un droit acquis pour le salarié dès que l'employeur l'accorde une fois.
5. Lorsque la convention collective est plus favorable aux salariés que le Code du travail, on applique la convention collective.
6. En cas de nouvelle absence d'un salarié absent, l'entreprise peut conclure un second CDD, avec le même salarié, sans délai de carence.
7. L'indemnité de fin de contrat est due au salarié qui a rompu un CDD de façon anticipée et sans aucune justification.
8. L'inspecteur du travail n'est pas juge du contrat de travail.
9. Lors d'un entretien d'embauche, l'employeur peut demander à une femme si elle est en état de grossesse.
10. La déclaration préalable à l'embauche est obligatoire.
11. Le contrat à temps partiel doit être obligatoirement écrit.
12. Un employeur qui embauche un salarié à mi-temps en CDI peut fixer une durée de période d'essai supérieure à celle prévue par la convention collective pour tenir compte du mi-temps du salarié.
13. Le contrat à durée indéterminée est obligatoirement écrit :
14. Les conventions collectives fixent obligatoirement la durée de la période d'essai.
15. Un employeur qui recourt à l'intérim doit conclure deux contrats, un contrat avec l'entreprise de travail temporaire et un contrat avec l'intérimaire.
16. L'employeur peut recourir à un salarié intérimaire pour remplacer un salarié gréviste.
17. Une salariée qui s'est vue refuser une augmentation de salaire décide de se mettre toute seule en grève. Le droit de grève étant constitutionnel, l'employeur ne peut sanctionner la salariée.

RÉPONSES

1. Faux ; 2. Faux ; 3. Vrai ; 4. Faux ; 5. Vrai ; 6. Vrai ; 7. Faux ; 8. Vrai ; 9. Faux ; 10. Vrai ; 11. Vrai ; 12. Faux ; 13. Faux ; 14. Faux ; 15. Faux ; 16. Faux ; 17. Faux.

Exercice 1

ÉNONCÉ

Vous intervenez en tant que conseil auprès de différentes entreprises qui vous consultent régulièrement en matière de législation sociale et de gestion du personnel.

Peu de temps avant l'arrivée de M. Delome dans la société, un CDD a été conclu par écrit à partir du 10 mars, pour surcroît exceptionnel de travail dû à une importante commande de pose de moquette chez un client, obligeant à recruter un salarié supplémentaire pour effectuer ce travail. La fin du contrat se situe à la fin des travaux, dont la durée n'est pas déterminée.

TRAVAIL À FAIRE

1. Que pouvez-vous dire à M. Delome quant à la nature juridique de ce contrat ?

Cette même société vient de recevoir une convocation en conciliation devant le conseil des prud'hommes pour rupture abusive de la période d'essai.

Cette demande a été faite par Mme Louise qui avait été engagée en tant que responsable du service comptabilité avec une période d'essai de deux mois renouvelable pour une même durée prévue par contrat de travail et par la convention collective étendue dont relève l'entreprise.

Cette période avait été renouvelée et rompue sans aucun préavis au bout de trois semaines de renouvellement. Il faut préciser que dix jours avant cette rupture Mme Louise avait fait part de son état de grossesse.

2. Que pouvez-vous dire à Mme Louise ?

CORRIGÉ

1. Quelles sont les conditions d'application d'un contrat à durée déterminée pour surcroît d'activité quant à la forme et la durée ?

Le CDD n'est pas un mode durable d'exécution des tâches qui reviennent normalement aux salariés permanents de l'entreprise, mais un moyen subsidiaire de faire exécuter des tâches précises et temporaires énumérées par la loi.

Il est possible de recourir à ce type de contrat en cas d'accroissement temporaire d'activité.

Le CDD doit obligatoirement être écrit. Par définition, il doit être conclu pour une période limitée et en principe comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion (contrat à terme précis). Dans certaines hypothèses limitées légalement, il est possible de conclure des contrats à terme imprécis. Le contrat pour accroissement temporaire d'activité se situe dans la catégorie devant être obligatoirement conclu à terme précis (de date à date). En l'espèce cela n'a pas été fait, le contrat ayant été conclu sans terme précis.

En cas de mauvaise application des textes, des sanctions pénales et civiles sont prévues par le Code du travail. En matière civile, il s'agit de la requalification, le contrat est présumé avoir été conclu à durée indéterminée.

2. Quelles sont les conditions de rupture de la période d'essai ?

La période d'essai fait partie intégrante du contrat de travail. Elle permet à l'employeur de vérifier que le salarié s'adapte bien à son nouvel emploi, qu'il est apte à l'occuper et au salarié d'apprécier si le poste lui convient. La période d'essai doit être prévue par le contrat de travail et peut également être renouvelée à la double condition que cette possibilité soit prévue, par un accord de branche étendu en fixant les conditions et les durées et par la lettre d'engagement ou le contrat de travail, ce qui est le cas en l'espèce.

La loi (art. L. 1221-25 du Code du travail) prévoit l'existence d'un délai de prévenance lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par l'employeur qui est fixé comme suit :

- 24 heures si la présence est inférieure à huit jours ;
- 48 heures au cours du premier mois de présence ;
- deux semaines après un mois de présence ;
- un mois après trois mois de présence.

La rupture de la période d'essai peut intervenir à tout moment et sans formalités mais l'employeur doit respecter un délai de prévenance qui est de deux semaines après un mois de présence.

La rupture n'a pas à être justifiée mais elle ne doit pas être abusive, notamment lorsqu'elle est motivée par une cause étrangère à la prestation de travail.

En l'espèce, Mme Louise va plaider la rupture abusive de cette période d'essai pour non-respect du délai de prévenance et pour une cause étrangère à la prestation de travail afin d'obtenir des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi.

Exercice 2

ÉNONCÉ

La société Le Clos 2000 fabrique des portes et des fenêtres. Cette société est en pleine expansion et ses dirigeants envisagent une restructuration des services avec introduction de nouvelles machines. Cette restructuration devrait entraîner pour plusieurs salariés l'obligation de suivre une formation pour s'adapter au nouveau matériel, ce qui inquiète fortement tout le personnel. Plutôt que l'achat de nouvelles machines, les salariés préféreraient une augmentation de salaire et des jours de congés supplémentaires. Les dirigeants opposent un refus à ces demandes et n'acceptent pas de dialoguer avec les salariés. Une partie du personnel, devant ce refus se met en grève.

Pour faire face à une commande qui doit être honorée très rapidement, les dirigeants souhaitent embaucher 15 salariés en contrat à durée déterminée pour effectuer le travail des salariés grévistes.

Au cours d'une échauffourée, un des employés, M. Langle, frappe le responsable du personnel.

Les dirigeants décident de licencier immédiatement M. Langle et Mlle Aggie une autre salariée de l'entreprise qui participe à la grève. Ils parlent également de lock-out.

TRAVAIL À FAIRE

1. Quel est votre avis sur ce mouvement ? Est-ce une grève et quelles en sont les conséquences ? Les dirigeants peuvent-ils licencier ces trois salariés ?
2. L'entreprise peut-elle avoir recours à des contrats à durée déterminée ?
3. L'employeur peut-il menacer de lock-out et quelles en sont les conséquences ?

CORRIGÉ

1. Quelles conditions sont requises pour qu'un arrêt de travail soit qualifié de grève et les salariés grévistes peuvent-ils être licenciés ?

La grève est la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles. Pour être licite, elle doit être collective, supposer une volonté commune d'agir, être concertée, appuyer des revendications professionnelles qui doivent avoir été portées à la connaissance de l'employeur avant l'arrêt de travail. La grève suspend le contrat de travail, elle ne le rompt pas ; les heures perdues ne sont pas payées. Le pouvoir disciplinaire est suspendu à l'égard des grévistes, aucune sanction ne peut être prise à leur encontre mais il peut y avoir licenciement pour faute lourde. La faute lourde résulte d'une faute individuelle du salarié, par exemple violence sur les biens ou les personnes, entrave à la liberté du travail. Elle est caractérisée par l'intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise et suppose une participation personnelle du salarié aux faits reprochés. En cas de licenciement pour faute lourde, l'employeur doit respecter la procédure de licenciement.

En l'espèce, la grève des salariés de l'entreprise Le Clos 2000 semble répondre aux critères de licéité établis par la jurisprudence, puisqu'il y a cessation collective, concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles (augmentation des salaires et jours de congés supplémentaires). En ce qui concerne le licenciement des salariés, la faute lourde personnelle devra être prouvée et la procédure de licenciement devra être respectée.

M. Langle commet une faute lourde individuelle en frappant le responsable du personnel, une procédure de licenciement pour faute lourde peut être mise en place. Mlle Aggie, qui n'a pas commis de faute lourde, ne peut faire l'objet d'une mesure de licenciement pour fait de grève et son licenciement serait abusif.

2. Peut-on remplacer les salariés grévistes par des contrats précaires ?

Les contrats précaires ne peuvent être conclus que pour l'exécution d'une tâche temporaire, précisément définie et ils ne peuvent pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise. Ils peuvent être conclus en cas de remplacement de salarié absent ou dont le contrat est suspendu, en cas d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, en cas d'emploi à caractère saisonnier ou d'usage.

Le remplacement de salariés grévistes par ce type de contrat est prohibé de façon absolue par la loi et pénalement sanctionné.

En l'espèce, les dirigeants de l'entreprise ne pourront pas avoir recours à ce type de contrat pour remplacer les salariés grévistes.

3. Quelles sont les conditions de validité d'un lock-out ?

Le lock-out est la fermeture temporaire de l'entreprise décidée par l'employeur en cas de conflit collectif. Il est illicite lorsqu'il n'est pas justifié par la force majeure, une situation contraignante (par exemple paralysie complète de l'entreprise) ou par des impératifs de sécurité ou de discipline. Dans le cas de lock-out illicite, l'employeur doit payer une indemnité compensatrice de salaire perdu.

En l'espèce, il est précisé que l'entreprise arrive à fonctionner malgré la grève et il n'y a pas de risque pour la sécurité : le lock-out décidé par les dirigeants serait donc illicite et ils devraient payer les heures non travaillées.

INDEX

- Accord atypique 34
 Appel 87
 Arbitrage 111
 Arrêtés 22
 Avis 20
 Circulaires 22
 Code du travail 23
 Conciliation 86, 109
 Conflit de juridiction 18
 Conflit de lois 18
 Conflits collectifs 89
 Constitution 21
 Contrat à durée déterminée 52, 54, 56
 Contrat à durée indéterminée (CDI) 51
 Contrat à terme imprécis 55
 Contrat à terme précis 54
 Contrat d'accompagnement dans l'emploi 68
 Contrat d'apprentissage 66
 Contrat de mission 60, 61
 Contrat de professionnalisation 67
 Contrat de travail 37, 45
 Contrat de travail Clause de domicile 51
 Contrat de travail Clause de mobilité 50
 Contrat de travail Clause de non-concurrence 49
 Contrat de travail Clause de variation du salaire 51
 Contrat de travail Clause d'exclusivité 51
 Contrat unique d'insertion (CUI) 68
 Conventions et accords collectifs De branche 29
 Conventions et accords collectifs Dénonciation des conventions et accords collectifs 28
 Conventions et accords collectifs D'entreprise 31
 Cour de justice des communautés européennes (CJCE) 21
 Décisions 20
 Délai de carence 57
 Directives 20
 Dissimulation d'activité 79
 Dissimulation d'emploi salarié 79
 Droit communautaire dérivé 19
 Droit européen 19
 Écrit 42
 Embauche 40
 Embauche Déclaration préalable à l'embauche 43
 Embauche Interdiction d'embauche 38
 Embauche Visite médicale d'embauche 44
 Engagement unilatéral 34
 Faute lourde 96
 Fermeture de l'entreprise (lock-out) 101
 Grève 89, 93, 96, 105, 107
 Grève Préavis de grève 91
 Inspection du travail 73
 Interdiction de recours à certains contrats 54, 99
 Juridictions administratives 82
 Juridictions civiles 81
 Juridictions pénales 81
 Jurisprudence 23
 Licenciement 96
 Médiation 110
 Négociation collective 24, 26
 Obligation d'emploi des handicapés 38
 Ordonnances 22
 Organisation internationale du travail (OIT) 17
 Organisation internationale du travail (OIT) Conventions de l'OIT 17
 Portage salarial 73
 Pourvoi en cassation 88
 Principe de faveur 35
 Prud'hommes 82, 83, 84
 Recommandations 20
 Recrutement 37
 Référé 87
 Registre du personnel 43
 Règlements 19, 22
 Responsabilité civile 105
 Responsabilité pénale 105, 107
 Sanctions civiles 59
 Sanctions pénales 59
 Service de santé au travail 75
 Service minimum 101
 Sources du droit 17
 Temps partiel 63
 Traités bilatéraux 18
 Travail dissimulé 79
 Travailleurs étrangers 39
 Travail temporaire 60, 61
 URSSAF 76, 78
 Usage 33

À envoyer à la correction
Auteur : Marie-Françoise VOLPELIER

EXERCICE 1 (16 POINTS)

La société Bonnes Saveurs, située à Moutiers en Savoie, emploie 80 salariés toute l'année. Cette société distribue des produits frais (fruits, légumes) dans toute la région, notamment dans les stations de ski. Cette société est en pleine expansion et des embauches de nouveaux salariés ont lieu très régulièrement.

M. Leroy, responsable administratif et financier depuis un an chez Bonnes Saveurs, vous demande un certain nombre de conseils.

Premier dossier (4 points)

M. Langlois a été embauché le 1^{er} octobre 2013 en tant que chef d'équipe (statut employé). Son contrat comporte une période d'essai ainsi rédigée : « Votre engagement, ne sera définitif qu'à l'issue d'une période d'essai de 2 mois renouvelable une fois, conformément à l'article L. 1221-19 du Code du travail ».

Voilà ce que prévoit l'article 4 de la convention collective applicable à Bonnes Saveurs :

Période d'essai du contrat de travail à durée indéterminée

(Nouvelle rédaction de l'article 4 en date du 12 décembre 2008)

Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :

- pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;
- pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois.

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

La période d'essai ne se présume pas. Elle est expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.

Le 25 novembre 2013, M. Leroy, n'est pas certain que M. Langlois ait les capacités pour gérer une équipe. Il se pose la question du renouvellement de la période d'essai ou de sa rupture et vous demande conseil quant à ces deux hypothèses.

Deuxième dossier (4 points)

Mme Delalande a signé un contrat à durée déterminée pour remplacer une salariée malade. La durée de son contrat est de 4 semaines. Son contrat se termine un vendredi. Le vendredi soir M. Leroy n'a aucune nouvelle de la salariée absente, il est persuadé qu'elle ne reviendra pas le lundi matin.

Il se laisse un peu de temps et demande donc à Mme Delalande de revenir le mardi suivant en lui indiquant qu'il lui proposera alors un renouvellement de son contrat de remplacement. Est-ce possible ? Avez-vous une autre solution à lui suggérer ?

Troisième dossier (4 points)

Mme Dubosc a été licenciée pour faute grave par lettre recommandée avec accusé de réception, après respect de la procédure disciplinaire. La lettre est datée du 15 octobre 2013 et a été envoyée le jour même.

M. Leroy, le 30 octobre découvre qu'au moment de la signature de son contrat, il y a 3 ans, Mme Dubosc avait signé une clause de non-concurrence (la convention collective applicable à Bonnes Saveurs, ne contient aucune disposition concernant cette clause).

Il souhaite ne pas appliquer la clause de non-concurrence, ce qui évitera à la société de payer la contrepartie financière.

Dans un premier temps, il vous demande d'étudier cette clause et de vérifier sa validité.

Dans un deuxième temps, il vous demande s'il peut renoncer à l'application de cette clause.

Clause de non-concurrence

Compte tenu de la spécificité de ses fonctions de chargé de clientèle commerciale et pour préserver les intérêts de la société Bonnes Saveurs, en cas de rupture du contrat de travail, pour quelque motif que ce soit, Mme Dubosc s'engage à ne pas entrer au service d'une entreprise concurrente distribuant des produits frais (fruits, légumes), ni à collaborer, directement ou indirectement, avec tout commerce ou toute autre activité pouvant concurrencer les activités commerciales de la société Bonnes Saveurs.

Cette interdiction de concurrence s'applique pendant une durée de 18 mois à compter de la date de rupture effective du contrat, sur le territoire des départements de la Savoie et de l'Isère.

En contrepartie de cette obligation de non-concurrence, Mme Dubosc percevra, pendant toute la durée de l'interdiction, une indemnité mensuelle égale à 40 % du salaire mensuel moyen de ses trois derniers mois d'appartenance à la société Bonnes Saveurs, excepté en cas de démission où ce montant sera de 30 % du salaire mensuel moyen de ses trois derniers mois d'appartenance à la société.

Cette interdiction s'appliquera en cas de cessation du présent contrat, quelle qu'en soit la cause.

Renonciation à la clause

La société se réserve le droit de libérer Mme Dubosc de l'interdiction de concurrence, sans que celle-ci puisse prétendre au paiement d'une quelconque indemnité. Elle devra, dans ce cas, notifier sa décision de renonciation à l'application de la présente clause par lettre recommandée avec accusé de réception.

Toute violation de l'interdiction de concurrence, en libérant la société Bonnes Saveurs du versement de cette contrepartie, rendra Mme Dubosc redevable envers elle du remboursement de ce qu'elle aurait pu percevoir à ce titre.

Quatrième dossier (4 points)

M. Leroy qui, on le rappelle, a pris son poste chez Bonnes Saveurs depuis un an, se penche sur la question des visites médicales d'embauche. Ces visites sont gérées par le service de la paie.

Durant la saison d'hiver, l'entreprise fait appel à des chauffeurs-livreurs en CDD pour surcroît d'activité due à la livraison dans les stations de ski. La durée de ces CDD peut varier de 2 semaines à 3 mois.

Du 15 décembre 2013 au 1^{er} mars 2014, M. Paul va être embauché, il a déjà travaillé chez Bonnes Saveurs en tant que chauffeur-livreur du 14 décembre 2012 au 28 février 2013, son dossier contient un certificat d'aptitude à ce poste établi par le médecin du travail en date du 18 décembre 2012.

À ces mêmes dates, M. Vincent va également être embauché, il a également travaillé chez Bonnes Saveurs en tant que chauffeur-livreur mais du 1^{er} juillet 2011 au 31 août 2011, son dossier contient également un certificat d'aptitude à ce poste établi par le médecin du travail en date du 4 juillet 2011.

Pour la période des fêtes de fin d'année, M. Levert va être embauché, toujours en CDD, pour surcroît d'activité en tant que préparateur pour une semaine 1/2.

En faisant le point sur ces embauches avec la responsable du service de la paie, celle-ci dit à M. Leroy qu'aucun de ces futurs salariés ne passera de visite d'embauche. Pour les deux premiers, leur dossier comporte un certificat d'aptitude au poste de chauffeur livreur. Quant au troisième, la visite médicale d'embauche n'est obligatoire qu'à partir de 2 semaines de contrat.

Elle lui affirme qu'elle s'est bien renseignée, c'est ce qui s'est toujours fait chez Bonnes Saveurs et de toute façon l'employeur n'est pas responsable, les salariés devant se débrouiller pour prendre rendez-vous auprès de ce médecin.

M. Leroy est assez étonné et vous demande votre avis.

EXERCICE 2 : ANALYSE DE JURISPRUDENCE (4 POINTS)

TRAVAIL À FAIRE

Vous analyserez l'arrêt suivant en distinguant :

- la synthèse des faits ;
- la procédure ;
- les demandes des parties ;
- la problématique juridique ;
- la réponse en droit ;
- et la réponse en l'espèce.

Cour de cassation : chambre sociale

Audience publique du mardi 12 février 2013

N° de pourvoi : 11-27525 – Non publié au bulletin Rejet

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 6 octobre 2011), que M. X... a été engagé par la société EDT Energie Méditerranée, aux droits de laquelle vient la société RTE EDF transport (la société RTE), dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, à compter du 7 septembre 1998 jusqu'au 31 août 1999, en vue de préparer le baccalauréat professionnel Maintenance des systèmes mécaniques automatisés (MSMA) ; que le contrat a pris fin à la survenance de son terme ; que le 12 décembre 2005, M. X... a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de son contrat d'apprentissage en contrat à durée indéterminée et la condamnation de son employeur au paiement de diverses sommes à titre notamment de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la requalification du contrat d'apprentissage en contrat de travail à durée indéterminée et de le condamner au paiement de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1°/ que le régime juridique du contrat d'apprentissage, d'ordre public, est exclusif du régime de droit commun des contrats de travail et, interdit toute requalification de ce contrat en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun ; qu'en prononçant la requalification du contrat d'apprentissage de M. X... en contrat de droit commun à durée indéterminée, la cour d'appel a violé les articles L. 6221-1 et L. 1241-1 du Code du travail ;

2°/ que la société RTE avait développé dans ses conclusions d'appel des moyens relatifs à la formation dont M. X... avait bénéficié, précisant notamment que sur l'ensemble du contrat d'apprentissage, la partie stage CFA et les congés représentaient 64 % du temps de travail total ; elle s'était aussi expliquée sur le suivi de la formation et les conditions de l'encadrement de M. X... pour l'exécution des tâches qui lui étaient confiées, observant qu'aux termes des attestations versées aux débats, M. X... s'était vu confier des tâches en adéquation avec sa formation et qu'il bénéficiait de « périodes de bureau » pour préparer les dossiers qui lui étaient demandés par le centre de formation ; qu'en ne s'expliquant sur ces moyens, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis et répondant aux conclusions soutenues oralement, a constaté, par motifs propres et adoptés, que M. X..., qui était régulièrement intégré dans les équipes au même titre qu'un salarié de l'entreprise dont il devait réaliser le travail, n'était pas en situation d'apprentissage mais exerçait des fonctions d'agent EDF à part entière et qu'il était dans l'impossibilité matérielle de recevoir une formation professionnelle sérieuse ;

.../...

.../... qu'ayant retenu que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de formation et avait détourné le contrat d'apprentissage de son objet, elle a qualifié à bon droit la convention de contrat de travail à durée indéterminée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société RTE EDF transport aux dépens ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, condamne la société RTE EDF transport à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du douze février deux mille treize.



le **cnam**
Institut national des techniques
économiques et comptables **intec**

le **cnam**
Institut national des techniques
économiques et comptables **intec**