Black plaque (1,1)

Droit du travail

2e édition

Black plaque (2,1)

HyperCours Dalloz

sous la direction de

- Dominique **Chagnollaud**

  Professeurs à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur du Centre d'études constitutionnelles

- Serge **Guinchard**

  Ancien recteur d'Académie, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Black plaque (3,1)

Droit du travail

2e édition 2007

Emmanuel Dockès

Professeur à l'Université Lyon 2, directeur de l'Institut d'études du travail de Lyon (IETL)

Black plaque (4,1)

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

Éditions DALLOZ
31-35 rue Froidevaux,
75685 Paris Cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ - 2007

Black plaque (5,1)

En un seul ouvrage, l'*Hypercours de Droit du travail* met à la portée des étudiants et de tous ceux qui désirent connaître le droit du travail des moyens d'acquisition, de révision et d'entraînement performants. Il fournit en effet les connaissances théoriques indispensables, et propose les références, exemples, exercices et thèmes de réflexion qui permettent d'appréhender correctement la mise en application de ces connaissances.

• Le *cours*, complet est décomposé en chapitres thématiques correspondant aux séances de travaux dirigés. La structure de chacun d'eux est annoncée, en début de chapitre, par un plan analytique.
– Parallèlement au cours, sur la même page, l'ensemble du texte est découpé en blocs d'idées homogènes, selon une numérotation située dans la marge.
– Les textes reproduits en fin de chapitre dans les documents sont suivis, dans le corps du texte, par un *.

• Des *rubriques pédagogiques* (pages signalées par un bandeau rouge) complètent le cours de chaque chapitre. Elles ont une double fonction : mieux faire comprendre et assimiler le cours, mais aussi préparer efficacement les étudiants aux épreuves des travaux dirigés, examens et concours.
– La rubrique « *Biblio* » donne accès à une bibliographie sélective spécifique du chapitre.
– La rubrique « *Documents* » offre une large gamme de textes de référence.
– La rubrique « *Quiz* » regroupe des sujets corrigés d'épreuves (commentaires d'arrêts ou d'articles, cas pratiques, dissertations). Pour ces derniers elle comprend parfois une approche méthodologique.
– La rubrique « Sujet terminal » propose un sujet d'examen corrigé correspondant à une épreuve type donnée en fin de semestre ou d'année et faisant appel à l'ensemble des connaissances de la matière.

• Après la *table des matières* et la *table des compléments pédagogiques* signalant le début des rubriques pédagogiques, un *index alphabétique* des termes utilisés prend à nouveau pour référence les blocs d'idées homogènes numérotées en marge du cours.

Black plaque (7,1)

Principales abréviations

Al.	alinéa
Art. ou art.	article
Ass. plén.	Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
CSS	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Dalloz-Sirey ou Dalloz (Recueil)
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Dr. soc.	Droit social
Dr. ouvrier	Le droit ouvrier
Grands arrêts	J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, *Les Grands arrêts du droit du travail*, 3e éd., Dalloz, 2004
JCP	Juris-Classeur périodique (E, éd. Entreprise ; G, éd. Générale ; S, éd. Sociale)
JO	Journal officiel (de la République française)
Jur.	Jurisprudence
Lebon	Recueil Lebon
Préc.	Précité
RDT	Revue de droit du travail
Recod.	Issu de l'ordonnance de recodification de la partie législative du Code du travail, du 12 mars 2007
Réf. cit.	Références citées
RJS	Revue de jurisprudence sociale
S.	Sirey (Recueil)
Sem. Soc. Lamy	Semaine sociale Lamy
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
Somm.	Sommaire

Avertissement

Cette deuxième édition intègre la recodification de la partie législative du Code du travail, adoptée par ordonnance le 12 mars 2007. Cette ordonnance doit s'appliquer à compter de la recodification de la partie réglementaire du Code, ou au plus tard au 1er mars 2008. La numérotation ancienne du Code, seule en vigueur à ce jour, a donc été maintenue. La numérotation issue de la recodification a été ajoutée à la suite, pour information (l'abréviation « recod. » signifie, « issu de l'ordonnance de recodification du 12 mars 2007 »).

Black plaque (10,1)

Black plaque (11,1)

TITRE 1

Situer le droit du travail

Le droit du travail est original, pionnier à bien des égards. Ses contextes économiques, idéologiques et historiques expliquent la place particulière qu'il occupe au sein de la matière juridique (chapitre 1). Son importance est à la mesure de son domaine. Il encadre l'activité professionnelle des salariés, lesquels forment la grande majorité de la population active occupée. La notion de « contrat de travail » détermine plus précisément l'étendue de ce domaine d'application (chapitre 2).

Parce qu'il est au cœur de la vie sociale et économique, mais aussi parce qu'il traite des angoisses liées à l'emploi, le droit du travail a, sur la période récente, accaparé à lui seul, plus du tiers de l'activité normative du Parlement et du gouvernement. Et il ne s'agit que de la loi et du règlement. Les sources du droit du travail sont beaucoup plus nombreuses. Elles sont plus diversifiées, plus riches, que celles qui existent dans les autres matières juridiques (chapitre 3).

Tout ceci fait du droit du travail une matière au cœur de l'actualité, en mouvement constant. Il s'agit au demeurant de la seule matière juridique pour laquelle il existe une presse quotidienne spécialisée...

Black plaque (13,1)

chapitre 1

Contextes

Black plaque (14,1)

Plan analytique

section 1

Contexte économique

§ 1 Un discours simpliste : le droit du travail opposé à l'efficacité économique

§ 2 L'utilité économique du droit du travail

§ 3 Perspective

section 2

Contextes historique et idéologique

§ 1 Le libéralisme utopique, contre le droit du travail

§ 2 La lutte des classes et l'apparition du droit du travail

§ 3 La théorie de l'institution et le droit du travail sous la dictature de Vichy

§ 4 Du second XXe siècle à nos jours, l'apparition des doctrines actuelles

Black plaque (15,1)

Contextes

Le droit n'est pas composé de règles scientifiques, pas plus qu'il n'est issu d'une quelconque nature des choses. Il est un ensemble de choix, politiques, idéologiques, économiques. L'observation des faits inspire sans doute, mais les idéaux, les espoirs, les valeurs tranchent. Le droit du travail n'est pas de ce point de vue une exception. 2

Il apparaît cependant, plus encore que d'autres branches du droit, en prise directe avec son contexte économique (section 1), historique et idéologique (section 2), ces différents aspects étant généralement mêlés.

section 1

Contexte économique

Le droit du travail a pour objet le salariat. Les moyens de subsistance et la vie professionnelle de la majeure partie des travailleurs sont en cause. Si l'on s'intéresse à l'importance et à l'immédiateté des enjeux, le droit du travail apparaît alors comme la plus importante des branches du droit économique. Comparativement, le droit commercial, qui traite des rapports entre commerçants et des actes de commerce, n'intéresse qu'une part très réduite de la population. D'autres branches du droit s'intéressent à des rapports économiques quotidiens. Il en va ainsi, notamment du droit de la consommation, du droit bancaire ou du droit des baux d'habitation. Le droit du travail est cependant historiquement premier. Et cette préséance n'est que l'effet de la primauté des enjeux que présentent les questions de l'emploi, du travail, et du revenu : avant de se loger, de contracter un crédit ou de consommer, les personnes commencent par rechercher emploi et salaire. Dans l'ordre économique, les premiers combats menés par les plus faibles contre les plus forts et les premières règles qui s'ensuivirent eurent donc naturellement pour domaine le droit du travail. 3

Première des branches du droit économique, le droit du travail est nécessairement confronté aux discours des sciences économiques. Or, au sein de ces discours, le courant dominant tend à présenter le droit du travail comme un coût, comme une nuisance. Il serait, en quelque sorte, « antiéconomique ». Cette accusation, fort répandue, a eu et continue d'avoir, des conséquences importantes sur la matière (§ 1). Elle est pourtant, à bien des égards le reflet d'une vision simpliste, caricaturale des choses. Pour de nombreux auteurs, le droit du travail apparaît même, aujourd'hui, comme un atout économique dans la compétition mondialisée (§ 2), vision qu'une brève analyse prospective semble confirmer (§ 3).

Black plaque (16,1)

§ 1 Un discours simpliste : le droit du travail opposé à l'efficacité économique

4 La vision économique dominante a une apparente simplicité.

Les grandes règles du droit du travail induisent des coûts pour l'entreprise. Il en va ainsi du salaire minimum, des congés payés, du taux majoré des heures supplémentaires, du respect des règles d'hygiène et de sécurité, du temps passé à la négociation collective, etc. Les faibles salaires, la dureté des conditions de travail, l'absence de syndicat..., apparaissent alors être des gains et donc des avantages comparatifs dans la compétition économique mondiale. Se profile alors le spectre des délocalisations, des produits bon marché issus des pays dépourvus de droit du travail digne de ce nom. Et l'on pense aujourd'hui, à l'industrie et au textile chinois, comme l'on craignait hier les ateliers du Maghreb et avant-hier ceux du Japon. La protection juridique accordée générerait ainsi, en tendance, une fuite des capitaux et de l'emploi vers les pays à droit du travail moins développé ou moins protecteur.

On en vient alors à s'enfermer dans une terrible alternative. Un partisan de la mondialisation des échanges se devra d'être l'adversaire du droit du travail national ou européen, quitte à soutenir la mise en place d'un socle mondial unique de protection des salariés. Un défenseur des acquis sociaux sera lui tenu de prendre pour adversaire la libéralisation des échanges, pour tenter de réhabiliter un certain protectionnisme.

Ce dilemme encadre une grande partie du débat politique. Il doit cependant être relativisé, sinon dépassé. Il suffit pour ce faire de constater que le droit du travail ne saurait être vu comme un simple coût. Il est aussi la source d'importants gains.

§ 2 L'utilité économique du droit du travail

5 Outre leur évidente importance éthique ou sociale, de nombreuses règles de droit du travail peuvent se prévaloir d'une incontestable utilité économique.

Il est convenu depuis le XIXe siècle que les normes d'hygiène et de sécurité accroissent la qualité de la main d'œuvre et sont ainsi une modalité d'accumulation du capital humain.

L'utilité de la prohibition du travail des enfants est, de même, assez évidente. Le travail des enfants limite la scolarisation. Un pays qui laisse ce travail se pratiquer à grande échelle, réduit la qualification de ses travailleurs. Il se condamne à se spécialiser dans les tâches d'exécution les plus simples et les moins rémunératrices. Tâches qui sont aussi les plus affectées par les progrès de la mécanisation. Loin d'être un avantage concurrentiel, le travail des enfants condamne l'avenir des pays dans lesquels il est généralisé.

L'égalité des sexes conduit à rendre productive la main d'œuvre féminine, ce qui est un incontestable atout économique.

La mise en place d'un intéressement des salariés, la structure et le montant des salaires et la limitation du temps de travail sont autant d'éléments qui renforcent la productivité. Le salaire minimum tend à réduire la misère et les inégalités, tout en soutenant la demande intérieure.

La représentation du personnel et la négociation collective sont encore des voies d'accroissement de la productivité. Sans dialogue, sans accord, les relations de travail

Black plaque (17,1)

sont de pures relations d'affrontement. Ce qui est porteur de démotivation, d'absentéisme et même, parfois, de sabotage.

Finalement, il faut le rappeler, le droit du travail est un facteur de paix. Et la paix est sans doute la première des conditions du développement économique.

Au demeurant, une observation sérieuse des réalités économiques ne montre pas de corrélation entre l'existence de protections et la faiblesse économique d'un pays. La France qui reste un pays à relativement forte protection sociale est aussi l'un des pays du monde qui attire le plus d'investissements directs extérieurs. La mise en place des 35 heures a accompagné une période de croissance et création d'emploi exceptionnelle, y compris comparativement à la situation économique de nos voisins immédiats. La dérégulation que mène le gouvernement depuis 2002, s'est accompagnée d'un retour brutal du chômage. Depuis les années 1980 et la politique menée par Margaret Thatcher, le Royaume-Uni a un droit du travail très peu protecteur, surtout si on le compare à celui de la France. Il est aussi le pays avec lequel la France réalise son plus fort excédent commercial. Enfin, si le chômage frappe durement la France, il est un peu rapide d'en incriminer le droit du travail, alors que les insuffisances du droit de la concurrence, le très faible effort fait en faveur de la recherche scientifique ou de la formation, la démotivation de salariés constamment menacés, fragilisés, ont sur l'efficacité économique des conséquences bien plus directes. Au demeurant, certains pays, comme les pays scandinaves, ont une protection sociale forte et un taux de chômage bas.

Il serait donc simpliste et même trompeur, de considérer le droit du travail comme un simple coût et de négliger les gains économiques qu'il permet. Surtout si l'on se place dans une perspective d'avenir.

§ 3 Perspective

L'économie a subi, depuis une trentaine d'années, une mutation profonde qui n'échappe à personne. Le développement des services et la réduction corrélative de l'emploi industriel rappellent, à certains égards, l'évolution passée du secteur agricole. L'agriculture française employait 40 % de la population active occupée en 1920 et seulement 25 % au milieu des années 1950. L'emploi industriel a subi une réduction de même ampleur entre 1975 et 2005. S'il continue sur la même pente que celle suivie en son temps par l'emploi agricole, sa réduction à un ordre de grandeur de 4 % de l'emploi total pourrait avoir lieu aux alentours des années 2050. Malgré le développement prévisible de la robotique et de l'informatique, une telle évolution reste bien évidemment hypothétique. Elle n'en permet pas moins de mesurer l'ampleur des mutations en cours. Les pays riches furent des pays à l'agriculture puissante, puis des pays industrialisés et sont de plus en plus des pays « tertiarisés ».

Ce déplacement de l'emploi et les mutations technologiques ont provoqué une évolution des tâches à accomplir. Les ouvriers à eux seuls représentaient encore près de 40 % de la population active occupée française en 1975. En 2005, ce chiffre tombe à 23,9 %, cependant les professions intermédiaires et cadres représentent 37,9 % de la population active occupée et les employés 29,1 % (source INSEE, *Enquêtes emploi*). Cette évolution semble inexorable et même, en un sens, logique. L'activité humaine est « concurrencée » ou « libérée » par les techniques. Elle ne peut dès lors que se spécialiser, au moins à terme, sur les tâches qui ne peuvent être réalisées que par des

Black plaque (18,1)

êtres humains. Ce que confirme la forte croissance actuelle des tâches relationnelles ou cognitives. La qualité du contact humain et le niveau d'expertise deviennent ainsi, peu à peu, les principales sources de la productivité du travail.

Lorsqu'il ne s'agissait que de faire réaliser un geste mécanique à une cadence donnée, le contrôle était à la fois facile et peu coûteux. Un seul contremaître contrôle des dizaines de travailleurs à la chaîne. L'entreprise tayloriste militarisée peut alors démontrer une certaine supériorité économique. Ce qui explique en partie son succès persistant, notamment en Chine, dans les industries où le travail humain répétitif ou mécanique n'est toujours pas robotisé, comme dans l'industrie textile ou dans l'industrie du jouet. En revanche, s'il s'agit d'exiger des salariés de la créativité, de l'intelligence, de la gentillesse, de la bonne humeur ou de la motivation, les choses se compliquent. Aucun test ne peut mesurer l'intensité de la concentration d'un travailleur intellectuel. Et la menace d'un supérieur hiérarchique ne permettra jamais d'obtenir qu'un sourire forcé, minimal et une motivation de façade. Les activités intellectuelles ou relationnelles exigent des modes plus policés d'exercice de l'autorité, un minimum de dialogue, de respect, une certaine durabilité du rapport de travail, l'octroi d'un revenu suffisant... Or, tenter de promouvoir un tel environnement est l'objet même du droit du travail.

Ce raisonnement tend à montrer que le droit du travail a une utilité économique et même une utilité économique croissante. Il faut cependant se garder d'en conclure trop rapidement que toute règle protectrice est nécessairement un atout économique. De même que la conclusion inverse, une telle assertion a quelque chose de simpliste. Et chaque règle devrait faire, dans l'absolu, l'objet d'une analyse spécifique, nuancée.

De telles évaluations ont cependant leurs limites. La quantification exacte des coûts et des bénéfices d'une règle de droit est en effet, le plus souvent hasardeuse. Surtout qu'en la matière l'un des facteurs de productivité les plus importants, sinon le plus important, à savoir le niveau de motivation, est impossible à mesurer rigoureusement. Rien n'est donc plus périlleux que de se cantonner à une analyse exclusivement économique du droit.

Le droit n'est pas qu'un ensemble de coûts et de bénéfices, il est aussi et surtout, le lieu d'un affrontement entre valeurs, entre idéologies. Et souvent, au demeurant, les discours économiques ne sont que des affirmations idéologiques masquées sous la soi-disant neutralité de la technique. Les valeurs et les idéologies sont de fait, bien plus que les sciences économiques, les sources essentielles du droit du travail. Ces valeurs inspiratrices sont indissociables de l'histoire.

section 2

Contextes historique et idéologique

7 Il n'est guère de débat politique ou idéologique qui n'ait pas eu de conséquences directes sur le droit du travail. Et aujourd'hui comme hier, le droit positif et les prises de positions doctrinales sont fortement inspirées par des clivages d'ordre idéologique. La classification de type droite/gauche recouvre, *grosso modo*, l'opposition entre ceux qui sont plus enclins à défendre les employeurs et ceux qui sont plus

Black plaque (19,1)

enclins à défendre les salariés. Mais cette dichotomie ne donne qu'une image très réduite des débats qui agitent la matière. Il existe bien d'autres fractures idéologiques, parfois plus profondes encore. La plus importante est peut-être celle qui oppose individualisme et communautarisme, opposition qui s'exprime notamment dans l'affrontement des théories contractuelles et institutionnelles du droit du travail.

C'est ce que l'on découvre en croisant l'histoire des idées et l'histoire du droit du travail.

§ 1 Le libéralisme utopique, contre le droit du travail

8 ■ Le libéralisme, tel qu'il s'est développé au XVIIIe siècle, est individualiste et antiautoritaire. Les pouvoirs publics sont naturellement, sa première cible. Ces pouvoirs s'exprimaient alors par la censure, la torture et les lettres de cachet. Ils formaient l'adversaire le plus évident. L'idée d'un pouvoir étatique devant être réduit afin de laisser le plus de libertés possible aux individus se développe et débouche sur la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

On oublie souvent de rappeler que des pouvoirs que nous qualifierions aujourd'hui de « privés » furent eux aussi visés. L'attention se porta naturellement, sur les inégalités et pouvoirs les plus visibles. Furent ainsi attaqués les droits féodaux, la classification de la société en ordres (noblesse, clergé, tiers état) et les corporations. Ces pouvoirs avaient comme point commun d'être établis et renforcés par le droit. Une telle existence juridique les rendait facilement décelables et particulièrement sensibles aux évolutions du droit. Quoi de plus facile que de détruire, par une loi nouvelle, un élément de droit antérieur ? Les pouvoirs juridiques privés furent donc rapidement abrogés par la Révolution française entre 1789 et 1793. Cette abolition juridique devait, dans l'esprit de l'époque, se traduire rapidement en une disparition dans les faits des pouvoirs privés.

Certains usèrent si bien de la force de leur imagination qu'ils crurent réellement qu'il avait suffi de proclamer l'égalité pour qu'elle existe. La domination des employeurs fut alors franchement niée. D'autres fois, cette domination fut présentée comme un phénomène ponctuel, transitoire, lié au déséquilibre momentané du marché du travail, lequel serait vite résorbé par la libre concurrence. Ces espoirs, proprement utopiques, devaient être rapidement et cruellement contredits par les faits. Cette contradiction ne fit pas disparaître la doctrine libérale (les croyances falsifiées ne sont pas les moins solides). Le libéralisme dans sa version originelle, utopique, a survécu jusqu'à nos jours. Son influence juridique actuelle reste même, curieusement, considérable.

Pour les tenants de cette doctrine, le rapport de travail est compris comme un simple échange *entre égaux*, d'un travail contre un salaire. Le droit du travail est une entorse au jeu de la libre concurrence, lequel est la source essentielle du bien, du juste. *Pour le libéralisme utopique, le contrat individuel, fruit de l'autonomie de la volonté, doit suffire à régir les rapports de travail salarié.*

9 ■ Ce serait cependant un simplisme, voire une erreur, de ne voir dans le droit de la première moitié du XIXe siècle, qu'une simple copie de ces idées libérales. Le libéralisme utopique des révolutionnaires de la fin du XVIIIe siècle n'a pas pour objectif de laisser le plus de place possible aux maîtres et aux patrons. En ce temps-là il existait encore de nombreuses règles qui servaient à renforcer, à asseoir le pouvoir des

Black plaque (20,1)

maîtres. Mouvement antiautoritaire, le libéralisme prit naturellement pour objectif *l'abolition des règles qui favorisaient les maîtres*. Telle est l'idée première de l'abolition des corporations et de la proclamation de la liberté d'entreprendre.

Le reflux du libéralisme des révolutionnaires, dès les premières années du XIXe siècle, va permettre la résurgence de règles qui renforcent juridiquement le pouvoir des maîtres sur leurs subordonnés. Ces règles, antilibérales, inspirées de l'idéologie de l'Ancien Régime, vont perdurer durant la majeure partie du XIXe siècle. On peut en donner trois exemples :

– le livret ouvrier, aboli par la Révolution, a été rétabli par la loi du 12 avril 1803. L'objectif de la mesure est essentiellement policier. Il vise à contrôler, avec l'aide des employeurs, la population des ouvriers, dont on se méfie. Tout ouvrier doit posséder un tel livret. À l'embauche, il le remet à son employeur, qui y note divers éléments relatifs à la prestation de travail et les avances éventuelles qu'il consent. Ces avances sont alors fréquentes, l'ouvrier étant généralement sans ressource pour survivre dans l'attente de son premier salaire. Sans livret un ouvrier qui se déplace tombe sous le coup de la prohibition pénale du « vagabondage ». Sans livret, il est interdit à tout employeur de lui donner de l'ouvrage. Dès lors, en conservant ce précieux document, un employeur s'attache le salarié et l'empêche de démissionner ou de rechercher ailleurs du travail. Il s'agit d'un outil de domination potentiellement extrêmement puissant. Il ne sera, finalement, supprimé que par la loi du 2 juillet 1890, mais à cette date il est déjà tombé en désuétude (v. aussi CE 23 mars 1869) ;

– l'article 1781 du Code civil, disposait : « Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages ; pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les à-comptes donnés pour l'année courante ». Ce principe d'inégalité juridique entre le maître et son subordonné ordonnait aux juges de toujours statuer, en matière de salaire, selon les dires de l'employeur contre les dires du salarié. Ce texte restera en vigueur jusqu'à la loi du 2 août 1868. Il faisait du droit une arme au service exclusif des patrons ;

– pour parachever l'édifice, les conseils de prud'hommes se mettent progressivement en place. Le premier de ces Conseils est institué à Lyon par la loi du 18 mars 1806. D'autres Conseils verront progressivement le jour dans la plupart des villes industrielles. Cette nouvelle juridiction est au départ strictement inégalitaire. Elle est composée de représentants des « fabricants » – qui doivent être majoritaires à eux seuls en vertu du décret du 11 juin 1809 –, de chefs d'atelier, de contremaîtres et d'ouvriers patentés. Les ouvriers « à livret », qui forment l'essentiel de ceux qui seraient aujourd'hui des salariés, en sont totalement exclus. Pour ces salariés, agir devant un conseil de prud'hommes, c'était être jugé par les représentants des employeurs, assistés de quelques cadres et artisans. Il faudra attendre la révolution de 1848 et le décret du 27 mai 1848 pour que les ouvriers soient représentés aux conseils de prud'hommes.

■ 10

Le libéralisme s'oppose, d'un point de vue idéologique, à ces règles inspirées de l'idéologie corporatiste de l'Ancien Régime. Il en favorisera l'abandon. Mais, ce même libéralisme va aussi s'opposer à toute intervention de l'État en vue de protéger les salariés. Or l'époque est à l'exploitation violente et à la grande misère des ouvriers. Le célèbre *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers dans les fabriques de coton, de laine et de soie* rédigé en 1840 par le docteur Louis-René Villermé en reproduit l'image effrayante, faite de misère, d'épuisement, de maladie, d'accidents et de déformations physiques diverses. Les enfants-travailleurs voient leur puberté

Black plaque (21,1)

retardée de plusieurs années et leur développement compromis. Un ouvrier est un vieillard infirme à 40 ans. Les armées même commencent à peiner pour trouver, dans les villes industrielles, une population encore apte à porter les armes. La création d'un droit du travail protecteur devient alors une question de santé publique. L'idéologie libérale va pourtant combattre sans discernement les premières tentatives juridiques qui tenteront de réduire cet état de fait.

Ainsi, c'est contre la résistance acharnée de certains libéraux que sera adoptée la loi du 11 mars 1841. Cette loi, qui a pu être présentée comme la première des grandes lois sociales, se résume par la formule « huit ans-huit heures, douze ans-douze heures ». Elle prévoit plus précisément que, dans les manufactures « à moteur mécanique, à feu continu » ou « employant plus de 20 ouvriers », le travail des enfants de moins de 8 ans est interdit. Elle limite en outre, dans ces manufactures, le temps de travail des enfants de 8 et 12 ans à 8 heures quotidiennes et de 12 à 16 ans à 12 heures quotidiennes. Considérée comme excessivement protectrice par le patronat et par les tenants d'un libéralisme utopique devenu aveugle, elle resta largement inappliquée.

L'idéologie libérale a manqué d'élargir aux excès des pouvoirs économiques sa lutte contre les pouvoirs juridiques de l'Ancien Régime. Elle est ainsi devenue l'adversaire du droit du travail naissant. C'est contre elle et par l'influence de l'action collective des ouvriers, que le droit du travail moderne va se constituer progressivement, à partir de la fin du XIXe siècle.

L'idéologie libérale va dès lors perdre progressivement son influence, jusqu'à devenir très faible dans les années 1930, avec la crise économique. Elle devait cependant reprendre progressivement de la vigueur, à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Elle le fit d'abord sous des formes modérées, corrigées des excès qui avaient été les siens au cours du XIXe siècle. Puis, progressivement, elle est réapparue sous ses formes originelles, remettant aux goûts du jour ses utopies premières. Il n'est pas rare, aujourd'hui, de voir tel ou tel dirigeant négliger l'existence des pouvoirs privés et croire naïvement dans le caractère autorégulateur des marchés. Ce retour à l'idéologie dominante du XIXe siècle est aujourd'hui la source principale des grands mouvements de destruction du droit du travail qui ont pu être observés, notamment lors des « révolutions néoconservatrices » anglo-saxonnes des années 1980, dans la Grande-Bretagne du gouvernement de Mme Margaret Thatcher ou aux États-Unis à l'époque de Ronald Reagan. Cette idéologie est encore présente dans la politique économique de M. Georges Bush, au sein de certains organismes internationaux comme la Commission européenne actuelle ou le FMI. En France, on la retrouve dans la doctrine officielle du MEDEF et comme une source d'inspiration principale du gouvernement actuel. Il en résulte une destruction de plus en plus rapide des protections qu'assure encore le droit du travail français.

Le libéralisme utopique, historiquement lié au XVIIIe et au XIXe siècle, est donc redevenu, sous des formes à peine rénovées, une idéologie actuelle, influente, et même souvent dominante.

§ 2 La lutte des classes et l'apparition du droit du travail

La plus évidente des faiblesses du libéralisme utopique était de nier ou de négliger l'intensité du rapport de force subi par les salariés. Le contrat de travail est loin d'être conclu entre citoyens d'égale influence. Dans la quasi-totalité des cas, il est un acte au sein duquel, le plus fort, l'employeur, dicte sa volonté aux plus faibles, les salariés. La

Black plaque (22,1)

misère et l'inhumanité des conditions de travail du XIXe siècle furent les effets directs de ce rapport de force.

Face à une telle situation, une certaine résistance s'exprima, par la création de syndicats et par la grève. Ces premières luttes se firent en toute illégalité. Jusqu'à la loi du 25 mai 1864, le simple gréviste encourt 3 mois de prison et le meneur (le « chef ou moteur »), 5 ans de prison (art. 415 C. pén. puis art. 414 à partir de 1849). Les mêmes peines sont applicables à qui participe à une coalition en vue de provoquer une hausse des salaires, ce qui est l'un des buts premiers des syndicats.

Dans un tel contexte, les principales idéologies qui accompagnent le mouvement ouvrier sont des idéologies de combat. Le XIXe siècle est en France le siècle des révolutions et celles-ci ne sont pas seulement en faveur de la République, elles sont aussi, et parfois surtout, porteuses de revendications sociales. La révolte emblématique des canuts lyonnais en 1831 avait pour revendication première l'obtention d'un « tarif », c'est-à-dire d'une rémunération minimale. Et il faut rappeler l'importance des questions sociales dans la révolution de février 1848 et, plus encore, lors la Commune de Paris en 1871. Cette dernière devait prononcer l'expropriation des ateliers abandonnés par leur patron au profit des coopératives ouvrières, mettre en place un salaire minimum, etc.

Deux grandes idéologies révolutionnaires, ayant pour objectif d'abattre le capitalisme et de fonder une société nouvelle, se mettent en place progressivement, au cours de ce siècle. La première, l'anarchisme, restera dominante dans le mouvement syndical français jusque dans les années 1920. Période à laquelle la seconde de ces idéologies, le communisme, la supplante progressivement, avant d'atteindre une sorte d'apogée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La tendance communiste connaît à son tour un déclin progressif, d'abord avec la reconnaissance progressive des atrocités commises par les dictatures communistes, ensuite, avec la chute de ces dictatures en Europe, à partir de la fin des années 1980.

Il demeure que c'est sous l'influence des idéologies révolutionnaires anarchistes et communistes que furent menées les grèves et autres luttes qui permirent l'apparition et le développement du droit du travail. La matière est restée profondément marquée par ces origines.

Pour les idéologies révolutionnaires patrons et salariés sont irréconciliables. Leur lutte, qualifiées de « lutte des classes », doit dans l'idéal se terminer par la victoire du prolétariat et par la fin du patronat et du salariat.

Les rapports entre employeurs et salariés sont donc des rapports conflictuels où, à la domination exercée par l'employeur, doit répondre la lutte des salariés. L'entreprise est avant tout un lieu où les intérêts s'opposent et où s'expriment des rapports de force.

■ 12

Les idéologies révolutionnaires ne furent pas les seules à jouer un rôle dans la naissance du droit du travail. De nombreuses autres sources d'influences se sont exprimées en faveur de cette apparition. Outre les tendances réformistes, qui devaient se séparer des révolutionnaires au cours des années 1920, il faut ici citer le rôle joué par les tenants de la doctrine sociale de l'Église, exprimée avec force dans l'encyclique papale *Rerum Novarum* de 1891*. Le trait principal de cette doctrine était de prôner la réconciliation entre ouvriers et patrons. Pour ce faire, les premiers devaient s'abstenir de se laisser corrompre par les mouvements socialistes, modérer leurs revendications et leurs modes d'action. Les seconds devaient, par charité chrétienne, se montrer attentifs aux besoins de leurs ouvriers. Cette encyclique prônait aussi une certaine intervention protectrice de l'État. Elle avait, pour l'époque,

Black plaque (23,1)

une forte coloration sociale, au point d'avoir été longtemps considérée comme choquante dans les milieux patronaux.

Ces doctrines modérées ou pacificatrices n'eurent qu'un rôle mineur au sein du mouvement ouvrier et l'existence de quelques patrons « sociaux » relève de l'anecdote. La naissance et le développement du droit du travail restent donc principalement l'histoire d'une conquête collective, conflictuelle et même parfois sanglante. Et cette conquête fut d'abord l'œuvre de salariés, réunis en syndicats, soutenus et inspirés par les deux grandes idéologies révolutionnaires de l'époque.

Quelques-unes des grandes étapes qui ont marqué cette naissance du droit du travail peuvent être brièvement énumérées. La loi du 21 mars 1884 autorise la formation de syndicats. La loi 2 novembre 1892 limite et réglemente le travail des femmes et des enfants et elle organise le corps des inspecteurs du travail. La loi du 9 avril 1898 permet aux salariés victimes d'accident du travail d'être indemnisés (avant il fallait, pour ces ouvriers démontrer la faute de l'employeur, ce qui était presque toujours impossible). Les lois de 1900, 1902, et 1904 réduisent le temps de travail quotidien respectivement à 11 heures, à 10 heures 30, puis à 10 heures. La loi 17 mars 1907 permet aux salariés d'être représentés de manière paritaire aux conseils de prud'hommes. La loi du 25 mars 1919 reconnaît légalement les conventions collectives. La loi du 23 avril 1919 limite à 8 heures le temps de travail quotidien, sans diminution de salaire. Les accords Matignon du 7 juin 1936, suivis des lois de juin 1936, instituent les délégués du personnel, la semaine de 40 heures et les premiers congés payés, d'une durée de 15 jours par an. Le droit du travail atteint alors une certaine maturité.

La Seconde Guerre mondiale et la période de Vichy allaient être le moment privilégié d'expression d'une idéologie radicalement opposée non seulement aux idéologies anarchiste et communiste, mais aussi au libéralisme.

§ 3 La théorie de l'institution et le droit du travail sous la dictature de Vichy

Le libéralisme voit la relation employeur-salarié comme un simple échange. Les doctrines anarchistes et communistes y voient une oppression exercée par l'employeur et un nécessaire combat, mené par les salariés, pour s'en libérer. La théorie de l'institution y voit un rapport fusionnel. Ce n'est pas tant la relation entre employeur et salariés qui importe, mais leur commune appartenance à un même tout, l'entreprise. Celle-ci a certes un chef et des subordonnés, mais ils sont tous au service de l'institution qu'est l'entreprise. Ils sont comme fondus dans cette entité qui les dépasse et dont l'intérêt, supérieur, doit l'emporter sur les intérêts individuels.

L'idée « d'institution » a vocation à s'appliquer bien au-delà des entreprises. Pour Hauriou, qui en est le principal auteur, à chaque fois que des personnes se rassemblent autour d'un pouvoir qui dure et autour d'une idée d'œuvre, une institution apparaît. L'Église, les syndicats, l'État, sont autant d'institutions. L'entreprise n'est au demeurant pas seulement une institution, elle est aussi la partie d'une institution plus vaste, à laquelle elle doit se dévouer : l'État. La personne humaine ne trouve son sens que comme partie d'entités collectives, comme la famille, l'entreprise, la nation. Et les intérêts supérieurs de ces entités doivent prévaloir sur les vulgaires appétits individuels.

Cette idéologie de l'institution, apparue au début du XXe siècle, s'inspire des idées de corps intermédiaires et de corporation de l'Ancien Régime. On y retrouve aussi nettement une inspiration tirée de la doctrine sociale de l'Église. Elle n'en est pas moins un cadre nouveau, par la radicalisation et la systématisation qu'elle opère. Le succès croissant de cette idéologie accompagnera la crise économique de 1929, le rejet du libéralisme et la montée de l'extrême droite française.

Dans l'idéologie institutionnelle, l'individu salarié n'est pas un cocontractant de l'employeur. Il n'y a aucun rapport d'égalité entre l'employeur et le salarié, même juridique, même symbolique, même au tout départ de la relation. Le salarié adhère à l'entreprise, comme on adhère à une foi ou à une nation. Par cette adhésion, il se fond dans l'entité supérieure qu'est l'entreprise. Ce n'est plus alors en tant que personne singulière qu'il est valorisé, mais en tant qu'il est à sa place, en tant qu'il est un bon rouage de l'institution, semblable à l'organe d'un corps. Réciproquement, comme le corps humain protège sa rate, son cœur, ses intestins, l'entreprise doit protéger ses salariés.

L'institution est une réalité, qui découle des faits. Et sa capacité d'expression, son chef, est aussi une réalité qui découle des faits. Ce pouvoir issu de la nature des choses est, comme tel, pleinement légitime et source suprême du droit de l'institution.

On comprend très vite où une telle idéologie conduit. L'individu est nié ou du moins totalement dévalorisé. Le pouvoir du chef est considéré comme aussi naturel que le pouvoir du cerveau sur le corps. Les pires totalitarismes trouvent ici un discours de légitimation.

La théorie institutionnelle sera la doctrine officielle des régimes fasciste, nazi, franquiste et vichyste. En Allemagne elle est notamment développée par Carl Schmitt et sert d'argumentaire au soutien d'Adolf Hitler. En France, elle est au cœur de la pensée du gouvernement de Vichy. Ce qui lui permettra d'exercer une influence centrale sur le droit du travail.

La politique de Vichy crée certaines avancées sociales, au nom du respect dû par le chef de l'institution aux autres organes de l'institution et au nom du respect dû par la nation à ceux qui la constituent. Elle met aussi en place, notamment avec la Charte du travail de 1941, une organisation hiérarchique et que l'on veut fusionnelle des rapports professionnels. Les salariés sont fondus au sein de leur entreprise, les entreprises sont fondues dans l'organisation de la profession et les professions sont conçues comme des organes de la nation, institution suprême. Toute lutte au sein de l'entreprise est prohibée. Les grandes confédérations syndicales sont dissoutes dès le 9 novembre 1940 et la grève est interdite. Se met ainsi en place une idéologie proprement totalitaire. *Ses idées fondamentales sont la négation de l'individu, la soumission, le sacrifice de soi au profit de la communauté de l'entreprise, laquelle doit se soumettre à la profession, laquelle doit encore se soumettre à la nation.*

À la libération, la rupture avec ce modèle est, en droit du travail, bien plus modérée qu'on aurait pu l'attendre. Le retour en force du parti communiste et la réapparition des véritables syndicats ouvriers redonnent quelques couleurs à une vision plus conflictuelle des rapports de travail. C'est le temps de nouvelles avancées sociales. L'année 1945 verra notamment la création des comités d'entreprise (ordonnance du 22 février 1945) et la mise en place de la sécurité sociale (ordonnances des 4 et 19 octobre 1945).

Mais le modèle de l'entreprise institutionnelle résistera à toutes les purges. Paul Durand, grand défenseur de la vision institutionnelle de l'entreprise, reste au premier

Black plaque (25,1)

plan après la guerre, malgré son rôle actif pendant la période de Vichy. Directeur de la principale revue du droit du travail, *Droit social*, il est l'auteur d'un traité de droit du travail qui va longtemps être la référence centrale de la matière. Les thèses institutionnalistes resteront ainsi très influentes. Elles conservent encore aujourd'hui, quoique sous une forme plus modérée, d'importants défenseurs au sein de la doctrine travailliste.

§ 4 Du second XXe siècle à nos jours, l'apparition des doctrines actuelles

La seconde moitié du XXe siècle est ponctuée par deux grands événements qui vont marquer le droit du travail français et son contexte idéologique : les événements de mai 1968 et la crise économique, à partir de 1974. 15

Le mouvement de mai 1968, initié par des grèves étudiantes, se développe par la grève générale, à partir du 13 mai 1968, à l'appel des grandes centrales syndicales. Entre le 13 mai et le début du mois de juin 1968, la France est bloquée par la grève, suivie par plus de 10 millions de salariés (le mouvement ralentit à partir du début du mois de juin, pour cesser tout à fait le 17 juin 1968). Les idéologies d'alors s'affichent dans la lignée des idéologies révolutionnaires du XIXe siècle. Malgré l'importance du renouveau de la pensée libertaire ou anarchiste, les idéologies dominantes au sein du mouvement social sont d'inspiration marxiste. Le communisme est alors éclaté en de très nombreuses chapelles notamment trotskistes et maoïstes.

L'importance lors des événements de mai 1968 de ces doctrines communistes au sens large a pourtant quelque chose de paradoxal. Le marxisme est à l'époque revendiqué par des dictatures féroces, et notamment par l'Union soviétique et la Chine populaire. On aurait pu s'attendre, de la part de défenseurs d'idéologies si peu individualistes, à une certaine défense de l'austérité et de la hiérarchie. Or c'est tout le contraire qui se produit. Mai 1968 est une période de rejet des morales et des hiérarchies, ainsi qu'une période d'affirmation des plaisirs individuels. Principalement marxiste dans l'affichage, le mouvement de mai 1968 est principalement libertaire, individualiste, hédoniste même, dans la pratique. Il en résulte une évolution assez profonde des mentalités.

En droit du travail, la grève générale portera ses fruits lors des négociations de Grenelle, du 25 au 27 mai 1968. Ces négociations aboutissent à d'importantes augmentations des salaires (le salaire minimum est augmenté de 33 %) et à la mise en place d'une reconnaissance des syndicats dans l'entreprise, ce que le patronat avait jusqu'ici refusé avec acharnement. Ces accords ne sont pas signés par les représentants syndicaux : leur base refusait tout accord, l'ordre du jour étant à l'abolition du salariat et à la révolution. Ils seront cependant, pour l'essentiel, respectés. La loi du 28 décembre 1968 entérine la section syndicale dans l'entreprise. 16

À la suite du mouvement de mai 1968, le militantisme syndical et politique restera très actif pendant toutes les années 1970 et jusqu'au début des années 1980. C'est une période de progrès pour le droit du travail, malgré la crise qui commence en 1974. C'est tout d'abord le temps de l'apparition des premières grandes directives européennes en la matière (directive de 1975 sur les licenciements collectifs ; directive de 1977 sur le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise).

Black plaque (26,1)

Au même moment apparaît, en droit français, une véritable protection de l'emploi, avec les lois du 18 juillet 1973 sur le droit commun du licenciement, du 3 janvier 1975 qui exige une autorisation administrative pour tous licenciements économiques, du 7 janvier 1981 qui protège l'emploi des salariés accidentés du travail ou victimes d'une maladie professionnelle. À la suite de la première victoire de la gauche sous la Ve République, en mai 1981, seront encore adoptées l'ordonnance du 16 janvier 1982 (cinquième semaine de congés payés, réduction du temps de travail hebdomadaire à 39 heures par semaine) et la série des quatre lois Auroux. La première, du 4 août 1982, encadre le pouvoir disciplinaire de l'employeur, la deuxième, du 28 octobre 1982, renforce les pouvoirs et les moyens du comité d'entreprise, la troisième, du 13 novembre 1982, renforce la négociation collective, notamment en créant une négociation collective annuelle obligatoire dans l'entreprise et la quatrième, du 23 décembre 1982, instaure les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

■ 17 À partir de la fin des années 1960, à la suite des événements de mai 1968 et grâce à la réhabilitation de l'individu qu'ils opèrent, la doctrine institutionnelle de l'entreprise va lentement s'affaiblir. Dans la doctrine du droit du travail, les écrits de Gérard Lyon-Caen brisent le quasi-monopole doctrinal que cette doctrine détenait jusqu'alors. Ce sera le commencement de son déclin, progressif, dans la jurisprudence. Le contrat de travail, réhabilité en doctrine, puis réévalué en jurisprudence à partir de la fin des années 1980, va reprendre peu à peu sa place comme source et comme support primordial des rapports individuels de travail, et ce au dépend de la vision fusionnelle et consensuelle de l'entreprise. Ce renouveau du contrat de travail ne se fait pas cependant au dépend de l'intervention de l'État et des syndicats de salariés. Il n'est alors pas question de revenir au libéralisme utopique, à la croyance naïve dans l'équilibre spontané des relations de travail. Le contrat individuel de travail n'est plus conçu comme un tout suffisant. Il redevient simplement un élément important des rapports de travail. Il accompagne ainsi la réévaluation de la place de l'individu salarié. Et ce, sans nier l'importance des rapports de force, de domination dans l'entreprise et tout en reconnaissant pleinement la nécessité d'une législation protectrice, d'ordre public.

On assiste ainsi à la naissance d'une doctrine qui rejette également le libéralisme utopique du XIXe siècle et l'institution. Sans se prononcer sur d'éventuels lendemains qui chantent, elle se contente d'agencer les niveaux collectifs et individuels des rapports de travail, sur la base de la règle simple et ancienne qui veut que, lorsqu'en droit deux minima sociaux sont présents, le plus favorable l'emporte.

Cette doctrine permet de revaloriser le contrat tout en reconnaissant ses faiblesses. Elle est aujourd'hui l'inspiratrice principale de la jurisprudence, laquelle a considérablement renforcé la force obligatoire du contrat (v. not. Soc. 8 octobre 1987, *Raquin*, arrêt étudié aux nos 84 à 86 ; Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry*, arrêt étudié aux nos 126 et 127), tout en reconnaissant le rôle prépondérant de l'employeur dans la fixation de l'équilibre contractuel (v. not. Soc. 18 mars 2003 ; Soc. 25 février 2004, arrêts étudiés aux nos 104 et 105). La maturité ainsi atteinte par la jurisprudence et par la doctrine ne suffira pas, cependant, à enrayer un puissant mouvement de régression sociale orchestré par le législateur.

■ 18 Avec les lois Auroux de 1982, le droit du travail atteint en France une sorte d'apogée. La crise persistante et le développement du chômage de masse accroissent le

Black plaque (27,1)

déséquilibre des forces sur le marché du travail. Et le droit lui-même sera bientôt pris par ce rapport de force défavorable aux salariés. Timidement d'abord, puis avec de plus en plus de vitesse, les protections légales du droit du travail vont s'effriter, sans que les retours réguliers de la gauche au pouvoir ne permettent d'enrayer le mouvement.

Il s'agit d'une tendance globale et l'évolution ne fut pas linéaire. Quelques protections nouvelles sont même apparues ici ou là. L'affaiblissement des protections du droit du travail n'en demeure pas moins la tendance de fond des vingt dernières années (1986/2005).

Les premières lois de régression sociale ont lieu avec le retour de la droite aux affaires, en 1986. Cette régression suit alors deux directions principales. La première consiste à rendre l'emploi plus fragile (abrogation de l'autorisation administrative de licenciement par les lois du 3 juillet et du 30 décembre 1986 ; ouverture du droit de recourir aux contrats à durée déterminée par l'ordonnance du 11 août 1986). La seconde permet de rendre la répartition du temps de travail sur l'année plus flexible (lois du 28 février 1986 et du 19 juin 1987). Le retour de la gauche aux affaires freinera quelque peu le mouvement, avec même quelques avancées importantes. La loi du 12 octobre 1988 crée le revenu minimum d'insertion (RMI) et la loi du 31 décembre 1992 permet une extension considérable de la problématique des droits de l'homme à l'ensemble du droit du travail. Mais cette même loi du 31 décembre 1992 facilite considérablement la destruction des avantages que les salariés tenaient des conventions collectives, en permettant à un syndicat même très minoritaire, de détruire immédiatement, avec l'accord de l'employeur, l'ensemble des droits reconnus au sein des conventions collectives (v. n° 814). Cette nouvelle disposition va ouvrir en grand les possibilités de régressions sociales, par le biais des négociations collectives dites « donnant-donnant », qui deviennent vite des accompagnements négociés de la destruction des protections conventionnelles des salariés.

Le mouvement de régression sociale reprend de plus belle avec la nouvelle alternance de 1993. La loi quinquennale du 20 décembre 1993, instaure notamment de nouvelles flexibilités du temps de travail, en particulier pour les travailleurs à temps partiel ; la loi du 11 février 1994 tente de réduire le champ d'application des protections du Code du travail... Le retour de la gauche au pouvoir entre 1997 et 2002, ne permettra que de ralentir le mouvement. La réduction du temps de travail à 35 heures, qui est la grande affaire de ces 5 années, avec les lois Aubry du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000, s'accompagne de la mise en place ou du maintien de très nombreuses flexibilités. Par une multiplication de lois pointillistes, successivement adoptées par la droite à partir de son retour aux affaires (v. not. les lois du 17 janvier 2003, du 18 janvier 2005, du 23 février 2005 et du 31 mars 2005), cette avancée sera réduite comme peau de chagrin, en même temps que les possibilités de maîtrise, par l'employeur, du temps libre des salariés seront considérablement accrues (v. n° 312). De nouvelles et très importantes régressions ont encore, ces dernières années, été adoptées à un rythme soutenu (v. notamment, la loi du 4 mai 2004, qui généralise les possibilités de destructions des avantages issus de la loi et des conventions collectives de branche, par la voie de simples conventions d'entreprise ; la loi dite « de programmation pour la cohésion sociale » du 18 janvier 2005 et l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » qui réduisent les protections contre le licenciement...).

Des pans entiers du droit du travail ont désormais été soit détruits, soit mis à la merci d'accords collectifs d'entreprise, accords qu'il est souvent possible d'obtenir sous la menace de licenciements. Il est impossible de savoir, aujourd'hui, où cette réduction des protections du droit du travail pourra s'arrêter.

■ 20

Dans un tel contexte, le socle de droit du travail minimal créé par le droit européen prend de plus en plus d'importance. D'autant que ce droit européen, malgré ses évidentes faiblesses, a progressé de manière importante, depuis une quinzaine d'années, pour toucher de nombreux aspects du droit travail. On peut ici citer l'hygiène et la sécurité (directive de 1989), l'aménagement du temps travail (v. not. la directive de 1993, modifiée en 2003) ; l'information due au salarié individuellement (directive de 1991), l'information et la consultation de représentants de la collectivité des salariés (directive de 1994 sur le Comité d'entreprise européen, et directive de 2002 sur l'information et la consultation des travailleurs, qui concerne toutes les entreprises de plus de 50 salariés). Les principaux progrès, par rapport au droit français, sont issus de la législation européenne de lutte contre les discriminations, domaine de prédilection de l'activité législative et jurisprudentielle européenne (les directives de base sur l'égalité homme femme de 1975 et 1976 ont été complétées en 1992, 1993, 1997, le tout ayant été refondu au sein de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 et les acquis de cette lutte antisexiste ont été étendus aux autres types de discriminations, notamment à la discrimination raciale, par deux directives de 2000).

Le droit européen a cependant, lui aussi, atteint une sorte de pallier. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée au projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, aurait pu constituer une étape importante dans la construction d'un véritable socle de droit européen du travail. Mais, avec la victoire du « non » aux référendums français et néerlandais, ce traité n'a pas été adopté. Et les majorités actuelles de la Commission européenne et du Parlement Européen sont plutôt enclines à la destruction du droit du travail qu'à la création de droits nouveaux (v., par exemple, la proposition de directive de septembre 2004 qui tend à réduire les protections des salariés en matière de temps de travail).

L'évolution du droit du travail est donc fermement orientée à la baisse. Ce mouvement est encouragé et rendu possible par un étonnant regain de vitalité de l'idéologie libérale dans sa version utopique. À l'instar de leurs prédécesseurs du XIXe siècle, de nombreux auteurs réclament une disparition quasi complète des protections du droit du travail, pour ne plus laisser qu'aux contrats individuels le soin de régler les rapports entre employeurs et salariés. Ce retour sur le devant de la scène d'une idéologie que l'on croyait condamnée par l'histoire et l'importante régression des protections du droit du travail qu'elle a déjà inspiré, ont de quoi inquiéter.

Black plaque (29,1)

Biblio

Sur le contexte économique

- P. Cahuc et A. Zylberberg, *Économie du travail*, De Boek, 1996.
- A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999, pp. 259-289.
- E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail – Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.* 2004. 620-628.
- A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Actes du colloque du 13 mai 2005, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005.
- P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit », *Dr. soc*. 2005. 123.

Sur le contexte historique

- J. Le Goff, *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail*, PU de Rennes, 2004.
- N. Olszak, *Histoire du droit du travail*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999.
- G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995.

On consultera avec profit les références citées dans ces ouvrages pour obtenir des approfondissements sur telle ou telle période de l'histoire du droit du travail. Les références qui suivent montrent l'importance des idéologies fondatrices du droit du travail, au sein des doctrines contemporaines.

Sur la théorie de l'institution

- G. et A. Lyon-Caen, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 599 et s.
- E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Dr. et sociétés* n° 30/31, 1995.

Sur les visions « critiques » du droit du travail, inspirées du marxisme

- A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc*. 1978. 337.
- A. Jeammaud, G. Lyon-Caen, A. Roudil *et al.*, *Le droit capitaliste du travail*, PU de Grenoble, 1980.

Sur la doctrine sociale de l'Église

- A. Supiot, « À propos d'un centenaire : la dimension juridique de la doctrine sociale de l'Église », *Dr. soc.* 1991. 916-925.

Sur le retour du contrat individuel de travail

- G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.* 1968. 59.
- A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc*. 1988. 540.
- A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299.
- Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383.

Black plaque (30,1)

Documents

Extraits de l'encyclique Rerum novarum, *du pape Léon XIII, du 15 mai 1891*

« (...) Le dernier siècle a détruit, sans rien leur substituer, les corporations anciennes qui étaient pour eux une protection. Les sentiments religieux du passé ont disparu des lois et des institutions publiques et ainsi, peu à peu, les travailleurs isolés et sans défense se sont vu, avec le temps, livrer à la merci de maîtres inhumains et à la cupidité d'une concurrence effrénée. Une usure dévorante est venue accroître encore le mal. Condamnée à plusieurs reprises par le jugement de l'Église, elle n'a cessé d'être pratiquée sous une autre forme par des hommes avides de gain et d'une insatiable cupidité. À tout cela, il faut ajouter la concentration entre les mains de quelques-uns de l'industrie et du commerce devenus le partage d'un petit nombre d'hommes opulents et de ploutocrates qui imposent ainsi un joug presque servile à l'infinie multitude des prolétaires.

Les socialistes, pour guérir ce mal, poussent à la haine jalouse des pauvres contre les riches. Ils prétendent que toute propriété de biens privés doit être supprimée, que les biens d'un chacun doivent être communs à tous, et que leur administration doit revenir aux municipalités ou à l'État. Moyennant ce transfert des propriétés et cette égale répartition entre les citoyens des richesses et de leurs avantages, ils se flattent de porter un remède efficace aux maux présents.

Mais pareille théorie, loin d'être capable de mettre fin au conflit, ferait tort à la classe ouvrière elle-même, si elle était mise en pratique. (...)

L'erreur capitale, dans la question présente, c'est de croire que les deux classes sont ennemies-nées l'une de l'autre, comme si la nature avait armé les riches et les pauvres pour qu'ils se combattent mutuellement dans un duel obstiné. C'est là une affirmation à ce point déraisonnable et fausse que la vérité se trouve dans une doctrine absolument opposée.

Dans le corps humain, les membres malgré leur diversité s'adaptent merveilleusement l'un à l'autre, de façon à former un tout exactement proportionné et que l'on pourrait appeler symétrique. Ainsi, dans la société, les deux classes sont destinées par la nature à s'unir harmonieusement dans un parfait équilibre. Elles ont un impérieux besoin l'une de l'autre : il ne peut y avoir de capital sans travail, ni de travail sans capital. La concorde engendre l'ordre et la beauté. (...)

"C'est en effet d'une abondante effusion de charité qu'il faut principalement attendre le salut." »

NB : L'encyclique Rerum novarum, du pape Léon XIII, du 15 mai 1891 a été très controversée en son temps, y compris dans les milieux catholiques. Elle a ouvert la voie au catholicisme social et à des mouvements comme ceux de la démocratie chrétienne. Elle est aussi une des grandes sources d'inspiration de la théorie de l'institution.

Extraits de la charte d'Amiens, issue du congrès de la CGT de 1906, adoptée par 830 voix pour, 8 contre et 1 abstention

« (...) Le Congrès confédéral d'Amiens confirme l'article 2, constitutif de la CGT : "La CGT groupe, en dehors de toute école politique, tous les travailleurs conscients de la lutte à mener pour la disparition du salariat et du patronat". Le congrès considère que cette déclaration est une

Black plaque (31,1)

reconnaissance de la lutte de classes qui oppose, sur le terrain économique, les travailleurs en révolte contre toutes les formes d'exploitation et d'oppression, tant matérielles que morales, mises en œuvre par la classe capitaliste contre la classe ouvrière. (...) Dans l'œuvre revendicative quotidienne, le syndicat poursuit la coordination des efforts ouvriers, l'accroissement du mieux-être des travailleurs par la réalisation d'améliorations immédiates, telles que la diminution des heures de travail, l'augmentation des salaires, etc. Mais cette besogne n'est qu'un côté de l'œuvre du syndicalisme : il prépare l'émancipation intégrale qui ne peut se réaliser que par l'expropriation capitaliste ; il préconise comme moyen d'action la grève générale et il considère que le syndicat, aujourd'hui groupement de résistance, sera, dans l'avenir, le groupement de production et de répartition, base de réorganisation sociale. (...) »

NB : La CGT est née en 1895 de la fusion de plusieurs organisations. Elle regroupe d'une part les « guesdistes » (de Jules Guesde) qui représentent en France le courant marxiste et d'autre part les anarcho-syndicalistes (tendance de l'anarchisme voyant dans les fédérations syndicales le modèle d'organisation d'une société future), avec notamment Fernand Pelloutier. Les premiers défendaient une subordination au parti socialiste d'alors, la SFIO (Section française de l'Internationale ouvrière), qui vient de se créer en 1905 en unifiant le parti socialiste de France (Jules Guesde, Édouard Vaillant) et le parti socialiste français (Jean Jaurès). Les anarchistes étaient pour leur part tenant d'une totale indépendance du syndicat. La charte d'Amiens signe leur victoire. D'inspiration anarcho-syndicaliste, elle est restée un document de référence central du syndicalisme français, bien au-delà de cette tendance, et ce jusqu'à nos jours. Les statuts actuels de la CGT et ceux de la CGT-FO, y font référence, dès leur préambule.

Quiz

Sujet corrigé : commentaire de texte

Énoncé

Commentez l'extrait suivant de l'encyclique *Rerum novarum*, du pape Léon XIII, du 15 mai 1891 : « les deux classes sont destinées par la nature à s'unir harmonieusement dans un parfait équilibre ».

Corrigé

Il est important dans ce commentaire, comme dans tout commentaire, de se référer très précisément aux mots utilisés. Le commentaire doit être l'occasion de replacer le texte dans son contexte historique, de le placer au sein de la doctrine sociale de l'Église, de le confronter aux idéologies de lutte des classes et à l'idéologie de l'institution, et enfin de le confronter aux principales idéologies actuellement inspiratrices du droit du travail. L'expression d'idées personnelles ne doit pas se substituer aux éléments d'analyses précédents. Mais l'exposé de ces éléments peut et même doit être l'occasion de l'expression des idées personnelles de l'étudiant. En conséquence, le « corrigé » qui suit exprime mes opinions personnelles.

Black plaque (32,1)

Parmi les différents plans de commentaire de texte possibles, le plus classique s'inspire de la technique des glossateurs, qui se contentaient d'annoter longuement les textes de droit. Ce plan consiste à suivre le fil du texte.

I. « Les deux classes »

A. « Les deux »

Par cette dualité, la séparation de la société en deux groupes est reconnue. À la fin du XIXe siècle, les écarts de fortunes et de conditions sont forts. Le développement des classes moyennes tout au long du XXe siècle troublera cette dichotomie. Les catégories de salarié et de patron continueront cependant à avoir du sens.

B. « Classes » : une opposition constatée

La terminologie « classes sociales » qui oppose capital et travail, est commune à la fin du XIXe siècle. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'elle sera identifiée à une terminologie marxiste. La reconnaissance des classes, dans l'encyclique *Rerum novarum* est associée à la reconnaissance de l'oppression que l'une de ces classes fait subir à l'autre. Le premier objectif de l'encyclique est d'y remédier. La lutte des classes n'est pas niée : elle est condamnée.

II. « … destinées par la nature à s'unir »

A. « … destiné par la nature »

Ce qui doit être est exprimé comme ce qui adviendra, par la nature. Il y a là une vision naturaliste du monde. Le devoir être est présenté comme la conséquence nécessaire (destin) et naturelle des faits.

B. « … à s'unir »

Les deux classes doivent s'unir, collaborer et non pas se fondre en une seule unité.

L'article 2 de l'acte constitutif de la CGT, cité par la charte d'Amiens parle « de la lutte à mener pour la disparition du salariat et du patronat ». Il n'est pas question d'une telle disparition des classes dans l'encyclique commentée. À l'inverse, celle-ci affirme très clairement « il ne peut y avoir de capital sans travail, ni de travail sans capital ». Les classes ouvrières et capitalistes sont appelées à cesser de s'opposer, non à cesser d'exister.

III. « … harmonieusement dans un parfait équilibre »

A. « … harmonieusement »

La solution préconisée invoque à son soutien l'harmonie, qualité d'abord esthétique. À peine plus loin, le texte invoque « la beauté ». Mais l'harmonie n'est pas nivellement, unité. Elle est complémentarité des différences. Chacun doit rester à sa place et c'est cela qui est beau. Au demeurant, un peu plus tôt, le texte avait sombré dans la métaphore organiciste : « dans le corps humain, les membres malgré leur diversité s'adaptent merveilleusement ». Cette métaphore et cette idée d'harmonie retrouvée entre organes aux fonctions diverses seront les grandes inspiratrices des doctrines institutionnalistes. Les organes d'un corps physique sont réellement profondément différents de nature : nul ne peut confondre cerveau, intestin et biceps. En revanche, les êtres humains sont essentiellement égaux. Les assimiler à des organes, aussi

Black plaque (33,1)

différents les uns des autres et aussi naturellement hiérarchisés a donc quelque chose d'injurieux.

B. « … dans un parfait équilibre »

L'équilibre dont il s'agit ici n'a rien de l'équilibre entre les parties contractantes auquel croient des libéraux. Travail et capital ne sont nullement présentés comme d'égales puissances. Le pouvoir du chef est pleinement reconnu et à ce pouvoir correspond un devoir d'obéissance des travailleurs. Tel est l'équilibre. Il ne s'agit pas de prôner un pouvoir sans bornes, mais de prôner un pouvoir juste, beau, charitable… Ainsi doit être, par nature, le pouvoir : harmonieux, équilibré. Le pouvoir est beau et l'équilibre s'exprime dans des rapports de domination et de soumission. Ce qui, bien entendu, ouvre la porte à de possibles débats.

Black plaque (35,1)

chapitre 2

Domaine

Black plaque (36,1)

Plan analytique

section 1

Enjeux

§ 1 Ordre public et répression pénale

§ 2 La recherche d'une zone grise

section 2

Définition du contrat de travail

§ 1 Un travail

§ 2 Un salaire

§ 3 Une subordination

A. Dépendance économique et subordination juridique

B. La question de la preuve

section 3

Des restrictions

§ 1 L'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.)

§ 2 L'exclusion des travailleurs du droit public

section 4

Des extensions

Black plaque (37,1)

En principe, le droit du travail s'applique aux salariés du secteur privé. Il régit ainsi la majeure partie des rapports de travail : les salariés du secteur privé représentent, selon l'INSEE près de 70 % de la population active occupée (69,5 % en 2005). Les travailleurs qui ne bénéficient pas du droit du travail sont d'une part les « indépendants » (10,9 % en 2005) et d'autre part les travailleurs subordonnés de droit public (19,6 % en 2005). 21

Avant de préciser les frontières juridiques exactes du domaine d'application du droit du travail (sections 2, 3 et 4), il est indispensable de bien percevoir les enjeux qui traversent cette question (section 1).

section 1

Enjeux

En droit privé, si vous travaillez en vertu d'un contrat qualifié de « contrat de travail », vous bénéficiez du droit du travail et donc de la limitation du temps de travail, du repos hebdomadaire, des congés payés, du SMIC, etc. À défaut, vous êtes, en principe un travailleur « indépendant ». Vous pouvez être amené à travailler 18 heures par jour, sans congés, 7 jours sur 7 et le tout pour une rémunération équivalant à un demi-SMIC. Dans le premier cas, les charges sociales sont en partie payées par l'employeur et vous bénéficiez du régime général de la Sécurité sociale, de l'assurance chômage, etc. Dans le second, vous devez cotiser seuls, par vous-même, à un régime de protection sociale spécial, régime qui est généralement plus onéreux. Que l'on soit d'un côté ou de l'autre de la barrière, le statut juridique change du tout au tout. Et cette brutalité emporte déjà, en elle-même, d'importantes conséquences. 22

§ 1 Ordre public et répression pénale

Un utilisateur de main d'œuvre qui souhaite payer le travail en dessous du salaire minimum, ou ne pas payer de charges sociales, ou faire travailler ses employés au-delà des durées maximales, ou encore ne pas avoir à payer d'indemnités de licenciement, sera tenté de faire passer les personnes qui travaillent pour lui pour des indépendants. La tentation est à la mesure des enjeux financiers en cause et ceux-ci peuvent s'avérer très importants. Il en résulte une importante pression visant à faire sortir certaines catégories de travailleurs du salariat. Les plus menacés d'une telle expulsion sont les salariés les plus soumis, les plus faibles, les plus précaires. Ces faux 23

indépendants sont pourtant ceux qui ont le plus besoin des protections du droit du travail.

En sens inverse, les travailleurs de très haut niveau, dont les spécialités sont très recherchées, ou bien encore les dirigeants d'entreprise eux même pourront souhaiter être embauché sous la forme d'un contrat de travail, afin de bénéficier des avantages sociaux et fiscaux de ce statut. Et ce, même s'ils ne sont pas subordonnés. On voit alors apparaître de faux salariés.

Que ce soit dans un sens ou dans l'autre, aux frontières du droit du travail, la question de la fraude est omniprésente.

Face à ce danger, il est bien évidemment exclu de faire confiance à ce que peut affirmer un contrat écrit.

Habituellement, l'écrit est rédigé par l'employeur seul, sans que le salarié puisse en rien modifier sa rédaction. Accorder de l'importance à cet écrit dans la qualification de contrat de travail serait, en pratique, laisser au bon vouloir de l'employeur l'application du droit du travail.

De plus, même en présence d'un salarié de très haut niveau ayant une véritable capacité de négociation, il est exclu de laisser au bon vouloir des parties la qualification de contrat de travail. Le droit du travail est un droit d'ordre public. Il s'impose tant à l'employeur qu'au salarié. Par conséquent, il n'appartient pas aux parties de décider de l'application ou de l'inapplication du droit du travail. La volonté exprimée dans le contrat écrit doit donc rester sans influence.

En bref, le fait que les parties aient qualifié expressément leur contrat de « contrat de location », ou de contrat de « prestation de service », ou de « contrat d'entreprise » voire même de contrat de société en participation (Soc. 25 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 300) ne peut avoir aucune influence sur le juge, au moment de la qualification du contrat. Pas plus au demeurant que n'importe quelle autre disposition du contrat écrit.

C'est ce qu'exprime à juste titre et avec beaucoup de force et de netteté, la Cour de cassation. Aux termes de l'arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000 : « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». Cette formule ne fait que synthétiser une jurisprudence plus ancienne (v. not. Soc. 13 décembre 1979, *Bull. civ.* V, n° 996 ; Ass. plén. 4 mars 1983* ; Soc. 17 avril 1991, *Bull.* civ. V, n° 200 ; *Dr. soc.* 1991. 516). Et la solution a été réaffirmée depuis par la Cour de cassation à de nombreuses reprises (v. not. Soc. 9 mai 2001 *Dr. soc.* 2001. 798 ; Soc. 12 juillet 2004, pourvoi n° 03-43293 ; Soc. 25 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 300 ; Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 110).

Le droit positif est donc très net. La volonté exprimée dans le contrat écrit n'est rien : on ne peut pas lui faire confiance. Les conditions de fait dans lesquelles le travail est exécuté sont tout. Le juge affirme ici son pragmatisme. Il ne se laisse pas duper par les formes, fussent-elles élégamment tournées. Il regarde si, *en pratique*, il y a bien eu l'échange d'un travail contre un salaire et si *en pratique*, ce travail a bien été un travail subordonné. Et cela seul importe pour qualifier de « contrat de travail ».

Il ne faut pas en déduire que les clauses de l'*instrumentum* soient totalement dépourvues d'impact. Dès lors que le contrat de travail est un contrat d'adhésion (ce qui est généralement le cas), il est rédigé par l'employeur seul. Si certaines clauses expriment l'existence d'un véritable pouvoir juridique accordé à un cocontractant sur l'autre, ces clauses pourront faire preuve contre leur auteur.

Black plaque (39,1)

En effet, autant il est en principe exclu d'accorder force probante à un document au profit de son auteur (nul ne peut se constituer une preuve à soi-même), autant il est possible de retenir *contre* quelqu'un l'un de ses écrits : un écrit est opposable à son auteur. L'*instrumentum* contractuel, rédigé par la partie forte au contrat, pourra dès lors servir d'élément de preuve contre elle. Il pourra être retenu comme élément de preuve de l'existence d'un lien de subordination (pour la force probante reconnue aux stipulations de l'*instrumentum* dans le sens de l'existence d'une subordination juridique, v. not. Soc. 19 décembre 2000 ; 25 octobre 2005 ; 15 mars 2006 *préc.* ; v. cpdt, Soc. 1er décembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 349, arrêt qui apparaît plus ambigu sur la question).

Outre la qualification de contrat de travail, la prise en compte du pouvoir exercé dans les faits permet d'identifier l'employeur réel du salarié. Il n'est pas possible d'échapper aux obligations qui incombent aux employeurs en qualifiant formellement le contrat de « contrat de vente » ou de « louage de véhicule ». Pour la même raison, il est exclu d'échapper à ces obligations en désignant comme « employeur » un prête-nom. Depuis longtemps, la jurisprudence ne s'estime pas liée par la désignation officielle d'un employeur au sein de la forme contractuelle écrite, au sein de l'*instrumentum* (Soc. 9 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 760). La qualification d'« employeur » doit dépasser cet affichage formel pour être attribuée au véritable détenteur, dans les faits, du pouvoir de direction. Il n'est dès lors pas rare que la Cour de cassation qualifie d'« employeur unique » (Soc. 5 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 433 ; Soc. 12 juillet 1995, *Bull. civ.* V, n° 244 ; Soc. 20 octobre 1998, *Dr. soc.* 1998. 95, obs. I. Vacarie), d'« employeur conjoint » ou de « coemployeur » (Soc. 22 janvier 1992, *Bull. civ.* V, n° 23 ; Soc. 12 juillet 2005, *Bull. civ.* V, n° 244 ; Soc. 15 mars 2006, pourvoi n° 04-45518), une personne qui n'était nullement signataire ou cosignataire de l'*instrumentum*, mais qui, en pratique, exerce un pouvoir de direction sur le salarié. Le juge perce ainsi les écrans formels, parfois multiples, qui ont pu être dressés entre un salarié et son véritable employeur.

Le fait qu'un tiers à l'*instrumentum* puisse être considéré comme employeur peut encore découler, plus simplement, de la reconnaissance d'une certaine confusion existant entre deux sociétés formellement distinctes. Aux dires de la Cour de cassation la « confusion d'intérêts, d'activités et de direction » existant entre le cocontractant formel et une autre société permet encore d'attribuer à ces deux personnes morales, conjointement, la qualité et la responsabilité d'employeur (Soc. 26 juin 1997, pourvoi n° 94-45173 ; Soc. 11 juillet 2000, pourvoi n° 98-40146 ; Soc. 1er juin 2004, *RJS* 2004, n° 880, pourvoi n° 02-41776 ; Soc. 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-45341).

La pleine capacité du juge de redonner aux rapports de travail leur véritable qualification a pu apparaître insuffisamment dissuasive. De plus, faire travailler des personnes subordonnées en les privant des garanties du droit du travail est un fait qui peut être extrêmement grave.

Pour ces raisons, notamment, une répression pénale a été organisée. L'employeur qui aura fait passer ses salariés pour des indépendants est coupable de dissimulation d'emploi salarié. Il est passible, en vertu des articles L. 324-9 (L. 8221-1 recod.), L. 324-10 (L. 8221-3 et L. 8221-5 recod.) et L. 362-3 (L. 8224-1 record.) du Code du travail d'une peine d'emprisonnement de 3 ans. Peine qui passe à 5 ans si le travail dissimulé est celui d'un mineur de moins de 16 ans (L. 8224-2 recod.). L'employeur encourt en outre, en vertu de l'article L. 362-4 (L. 8224-3 recod.) du Code du travail de

Black plaque (40,1)

nombreuses peines complémentaires, lesquelles peuvent entraîner la confiscation de ses biens professionnels et l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle dans le cadre de laquelle il a eu recours à une dissimulation d'emploi.

Ces sanctions pénales ont pu apparaître excessivement lourdes. Mais, plutôt que de les réduire ou d'en retrancher certains faits jugés bénins, le législateur a préféré agir de manière détournée.

Lors du rétablissement de l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail par la loi du 1er août 2003 (sur lequel, v. n° 37), le législateur a prévu qu'à chaque fois que l'emploi salarié a été fermement dissimulé, en obtenant des travailleurs qu'ils s'inscrivent sur les registres de travailleurs indépendants, les sanctions pénales ne sont pas encourues, sauf preuve de l'intention de l'employeur, de violer les règles qui ordonnent de déclarer ses salariés. Cette preuve est difficile. Les emplois salariés *fermement* dissimulés ne pourront plus guère être pénalement poursuivis.

En revanche, un petit employeur, dépourvu d'informations juridiques suffisantes, se contentera de traiter ses salariés en indépendants, sans leur demander d'accomplir de formalités d'inscription spéciales. Il sera, lui, passible des sanctions pénales sus-décrites. La dépénalisation discrète de l'article L. 120-3 nouveau (L. 8221-6 recod.) du Code du travail protège donc exclusivement les dissimulateurs bien conseillés. Ce qui revient, en pratique, à ne protéger des poursuites pénales que les violations du droit les plus importantes. Un tel résultat apparaît pour le moins choquant.

§ 2 La recherche d'une zone grise

■ 25 Aux frontières du domaine du droit du travail, la séparation de ce qui relève du salariat et de ce qui n'en relève pas est souvent peu marquée.

Il s'en faut parfois de peu pour que tel artisan taxi locataire de son véhicule passe du statut d'indépendant à celui de salarié du loueur. Or, selon la qualification retenue, ses droits seront totalement différents. Une opposition radicale peut ainsi apparaître entre des travailleurs dont les conditions de travail et les métiers sont fort proches. D'autant qu'il existe de nombreux travailleurs qui sont qualifiés juridiquement d'indépendants, mais qui, de fait, subissent l'influence prépondérante d'un donneur d'ouvrage, d'un fournisseur exclusif, d'un client, etc. Sans être à proprement parler juridiquement subordonnés, ces travailleurs subissent tout de même un certain pouvoir de fait.

Or, les protections du droit du travail sont justifiées par le rapport de pouvoir subi. Elles ont alors une certaine vocation à sortir de leur domaine d'application originel, pour viser des rapports de travail dits « indépendants ». Ainsi, par exemple, l'action syndicale et la grève ne se sont pas arrêtées, dans les faits, aux frontières techniques du droit du travail. Les grèves de certaines professions libérales, comme celle des médecins généralistes ou celle des infirmières libérales, en attestent.

Il existe une zone grise, hors de la véritable subordination qui caractérise le salariat, mais hors de la véritable indépendance. On parle alors, souvent, de « parasubordination ». Quelques statuts mixtes, comme celui de l'agriculteur « intégré », ou celui dit du « commerçant-salarié », ont pu ici ou là être mis en place. Mais globalement, le droit applicable à ces travailleurs « semi-subordonnés » ou « parasubordonnés », reste encore bien insuffisant. Et ce, malgré les potentialités encore inexploitées de certains textes (v. not. l'art. L. 781-1 (L. 7321-2 2° recod.) C. trav., étudié n° 42).

Black plaque (41,1)

section 2

Définition du contrat de travail

26 Le contrat de travail est un contrat par lequel une partie, le salarié, s'engage à réaliser un *travail subordonné*, cependant que l'autre partie, l'employeur, s'engage à lui verser en contrepartie un *salaire*. Pour qu'un contrat soit qualifié de contrat de travail, trois éléments doivent donc être réunis ; un travail, un salaire et un lien de subordination juridique. C'est le troisième de ces éléments qui pose, de loin, le plus de problèmes. Les deux premiers éléments présentent cependant, eux aussi, quelques difficultés.

§ 1 Un travail

27 Un salaire versé sans aucun travail concerne d'abord, *a priori*, le droit pénal. La relation est alors nommée « emploi fictif » et constitue selon les cas un abus de confiance (art. 314-1 C. pén.), un abus de biens sociaux (L. 241-3 et L. 242-6 C. com.), un détournement de biens publics (art. 432-15 C. pén.), ou bien d'autres choses encore...

Une question cependant touche plus particulièrement le droit du travail : toute activité est-elle nécessairement un « travail » ? À cette question, la Cour de cassation répond par la négative.

Ainsi n'est pas considéré comme un véritable « travail », un stage en entreprise, dès lors qu'il est fait dans le cadre d'une formation et qu'il donne lieu à une convention avec un organisme de formation (Soc. 17 octobre 2000*) ou avec l'ANPE (Soc. 18 novembre 2001, *Dr. soc.* 2001. 1115) même s'il comporte « l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil » (Soc. 17 octobre 2000, *préc.*). Ainsi encore, une activité d'insertion par le travail, comme celle qu'effectue un compagnon d'Emmaüs, peut ne pas être considérée comme un travail permettant la qualification de salarié (Soc. 9 mai 2001, *D.* 2002. 1705, note E. Alfandari).

Ces solutions s'expliquent mieux si l'on sort de la stricte logique juridique. Dans toutes ces espèces, on avait affaire à une entrée progressive sur le marché du travail. Le stagiaire n'est plus tout à fait un élève ou un étudiant, il n'est pas encore totalement un salarié. De même le compagnon d'Emmaüs n'est plus tout à fait un « exclu », mais il n'a pas encore accédé à un emploi à part entière. La Cour de cassation, en rejetant la qualification de « contrat de travail », accepte de laisser, par exception, une place à ces situations intermédiaires entre l'emploi et le non-emploi, à la condition que cette situation soit temporaire et strictement encadrée. Sans convention de stage signée avec un établissement d'enseignement, ou en cas de violation de cette convention, le « stagiaire » sera requalifié de « salarié » (v. Soc. 17 octobre 2000, *préc.*). Et, s'agissant des compagnons d'Emmaüs, il semble qu'il s'agisse d'une exception, ponctuelle, faite au vu des circonstances de l'espèce.

Il faut se garder de toute généralisation. Il n'existe pas de « contrat d'insertion » temporaire d'origine jurisprudentielle, qui viendrait concurrencer les nombreux contrats de travail spéciaux du Code du travail qui ont objectif de réinsérer des personnes en difficulté.

Black plaque (42,1)

Il faut, en outre, rester très prudent dans l'utilisation de cette main d'œuvre non salariée. La sortie du cadre strict dans lequel elle est actuellement tolérée, fait tomber dans le champ de la répression pénale. Le fait d'obtenir d'une personne en état de dépendance la fourniture de services en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de 5 ans d'emprisonnement, par l'article 225-13 du Code pénal (pour une application de ce texte à un directeur d'hôtel qui avait utilisé abusivement le travail de ses stagiaires, v. Crim. 3 décembre 2002*).

■ 28 Sur le type de travail effectué, il faut encore dire un mot du travail exercé dans le cadre de congrégations, de communautés religieuses, d'associations cultuelles ou de sectes. La jurisprudence semble en la matière distinguer les grandes et les petites religions. Ainsi, à l'instar des prêtres de l'Église catholique, les pasteurs de l'Église réformée de France ne sont pas des salariés (Soc. 20 novembre 1986, *Bull. civ.* V, n° 549). A aussi été exclue des protections dues aux salariés une religieuse qui exerçait son activité d'infirmière et d'assistante sociale dans différents centres médicaux, mais exclusivement « pour le compte et au bénéfice de sa congrégation, ce qui excluait l'existence d'un contrat de travail » (Ass. plén. 8 janvier 1993, *Bull. Ass. plén.,* n° 2 ; *JCP* G 1993. II. 22010, concl. M. Jeol, note Y. Saint Jours). En revanche, la Cour de cassation envisage d'un bon œil la qualification de salariés pour les pasteurs de l'Église adventiste du 7e jour (Soc. 23 avril 1997, *Dr. soc.* 1997. 642). Et elle n'hésite pas à appliquer le Code du travail aux permanents d'une communauté des témoins de Jéhovah (Crim. 14 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 8).

On pourrait admettre que le travail des ministres des Cultes est d'un type particulier, qui exclurait l'idée de salariat. Mais le travail d'infirmière et d'assistante sociale (espèce de l'arrêt du 8 janvier 1993, *préc.*) ne semble pas d'une nature à ce point particulière qu'elle doit exclure l'idée d'un travail salarié. Faut-il en déduire que les grandes religions ont encore, pour la Cour de cassation, la possibilité de s'extraire à l'occasion du droit commun ? Une telle explication permettrait de comprendre que les religions faibles ou minoritaires ne bénéficient pas de telles exceptions. Peut-être s'agit-il simplement du signe que, même dans un système juridique apparemment très unitaire comme le droit français, certains systèmes normatifs concurrents, comme ceux des grandes religions, arrivent encore à s'imposer contre le système juridique étatique.

Il faut donc se garder de généraliser de telles exceptions. Hors les rares hypothèses ci-dessus décrites, toute activité, physique ou intellectuelle, doit bien être considérée comme un « travail ».

Une ligne de fracture un peu plus nette distingue le travail bénévole du travail salarié.

§ 2 Un salaire

■ 29 Le travail bénévole n'est pas interdit par le Code du travail. Dans une société comme la nôtre, une place doit être préservée pour que des rapports non marchands, basés sur la simple générosité, puissent exister. Et certaines règles du Code du travail sont strictement incompatibles avec l'idée de travail bénévole. C'est notamment le cas, bien sûr, du salaire minimum. De plus, le bénévole n'est jamais totalement dépendant de celui pour lequel il travaille. Dès lors qu'il ne tire pas de revenus de son

Black plaque (43,1)

activité, toute dépendance économique de sa part est *a priori* exclue et, partant, s'il existe une subordination, une obéissance aux ordres, celle-ci est nécessairement moins intense que lors d'un travail rémunéré.

Aussi, dès le départ, l'application du Code du travail a été réservée au travail réalisé à titre onéreux, au travail en contrepartie duquel un salaire est versé. Toute la question est de savoir ce qui sera une contrepartie suffisante pour enclencher la qualification de contrat de travail.

Même un faible salaire doit entraîner l'application du Code du travail. Ce n'est pas parce qu'un travailleur est très peu payé que le SMIC est inapplicable. C'est au contraire pour protéger les travailleurs très mal payés que le SMIC a été créé. De même, de simples avantages en nature sont des « salaires » suffisants pour entraîner la qualification de « contrat de travail » (en ce sens, v. not. Soc. 17 avril 1985, *Bull. civ*. V, n° 171). Ainsi, par exemple, une employée de maison qui serait mal nourrie et mal logée par son employeur et qui ne toucherait aucune rémunération en argent, obtiendrait très facilement des juges la qualification de salariée, avec le droit à un salaire minimal et ce malgré le caractère très limité des contreparties qu'elle reçoit. L'interprétation large de la notion de « salaire » est ici une évidence : l'effectivité de la prohibition d'un quasi-esclavage en dépend.

En revanche, il est sans doute souhaitable d'autoriser des associations humanitaires à nourrir, à défrayer, voire même à accorder un petit « pécule » à certains de leurs bénévoles, surtout lorsque ceux-ci sont amenés à aller travailler à l'étranger. La Cour de cassation avait déjà, en ce sens, interprété largement les principes pour maintenir un statut de non salarié à un volontaire de l'association Médecin du Monde (Soc. 26 octobre 1999, *Dr. soc*. 2000. 149). La loi du 23 février 2005 est venue confirmer ce type de solution, en créant un « contrat de volontariat de solidarité internationale » dûment réglementé et strictement réservé à des associations agréées. Et la loi du 23 mai 2006 s'est engouffrée dans la brèche, en créant le contrat de « volontariat associatif », lequel permet d'offrir une menue rémunération (634,80 euros au 1er janvier 2007), d'éventuels titres-repas et même quelques jours de repos : deux jours non chômés par mois de mission, pour les missions de plus de six mois, soit l'équivalent de quatre semaines de congés « indemnisés » (on n'ose pas dire « payés »). Le tout sans pour autant déclencher l'application du Code du travail. Encore une fois un agrément préalable de l'association employeur est nécessaire (Décr. 29 septembre 2006). La rémunération et les avantages, qui peuvent être suffisant pour vivre, font alors sortir de la logique du bénévolat pour faire entrevoir un type de travail rémunéré et, de fait, subordonné, mais dépourvu de la protection du droit du travail.

La mise en place de ces cadres donne cependant des arguments *a contrario* pour une application très rapide du droit du travail dès lors que l'on sort des cadres légaux. D'autant qu'en pratique il y a peu entre, d'une part, le véritable bénévole des Restaurants du Cœur qui prend son repas sur place avec les personnes qu'il aide et, d'autre part, la personne qui, pour manger, ou pour une somme même minime, se retrouve obligée de travailler pour telle ou telle institution caritative. Une contrepartie, même faible, fait vite basculer la relation du bénévole à l'onéreux. C'est sans doute ce qui, avant même l'édiction de ces contrats spéciaux, expliquait la relative rigueur de la Cour de cassation dans l'appréciation du caractère bénévole ou non d'une activité. Ainsi, le versement à des « bénévoles » de la Croix Rouge d'une somme forfaitaire qui dépassait les frais réellement engagés avait conduit la Cour de cassation à considérer que ces personnes étaient unies à leur employeur par de véritables contrats de travail (Soc. 29 janvier 2002, *Dr. soc*. 2002. 499, note

Black plaque (44,1)

J. Savatier ; v. aussi, dans le même sens, pour des volontaires en insertion travaillant à des chantiers de rénovation, contre une petite indemnité et quelques avantages : Civ. 2e, 20 septembre 2005, pourvoi n° 03-30592). Ces solutions ne peuvent qu'être renforcées par la mise en place de statuts légaux spéciaux pour les « bénévoles » indemnisés.

En conclusion, hormis les remboursements de frais et hors les exceptions dûment organisées par le législateur, une contrepartie même très faible, même en nature, mérite en principe la qualification de « salaire » et permet la qualification de « contrat de travail ».

§ 3 Une subordination

30 L'élément clef de la qualification de « contrat de travail » est ce troisième élément, la subordination juridique. Tous les travailleurs à titre onéreux ne sont pas salariés. Seuls les travailleurs subordonnés le sont.

L'idée est simple. Sa mise en œuvre l'est beaucoup moins. La première question qui se pose est de comprendre ce que signifie ce critère, la « subordination juridique ». Alors seulement il sera possible de montrer comment il permet de distinguer le contrat de travail, de contrats voisins. Se posera alors la question de la preuve, centrale en la matière.

A. Dépendance économique ou subordination juridique

31 La raison d'être du droit du travail est le pouvoir subi par le salarié. Le travail indépendant est libre. Rien n'interdit par exemple à une personne de travailler de manière indépendante 70 heures par semaine. C'est au demeurant ce que font de nombreux travailleurs indépendants, petits commerçants, professions libérales, agriculteurs, artisans, etc. Ce qui est interdit par le Code du travail c'est de faire obéir une personne 70 heures par semaine. C'est pour limiter le pouvoir exercé par les employeurs sur leurs salariés que le droit du travail est né. Il est assez logique dès lors, que le pouvoir soit le critère central de l'application du droit du travail.

La difficulté n'est pas là. Elle est dans la manière de caractériser ce pouvoir. Il n'est pas de profession qui ne subisse, à un titre ou à un autre, l'influence d'autrui. Cette influence peut-être plus ou moins forte, plus ou moins déséquilibrée. La totale indépendance n'existe pas ; la totale soumission non plus. Au sein même de la subordination juridiquement reconnue, il existe de nombreux degrés. Entre la subordination d'un grand chirurgien, salarié de la clinique, mais à qui nul ne peut dicter la manière dont il opère, et la subordination de l'ouvrier à la chaîne dont chacun des plus petits gestes est soumis à une stricte discipline, il y a tout un monde.

En bref, tracer une ligne de séparation entre indépendance et subordination s'avère en pratique fort difficile. À partir de quand est-on suffisamment indépendant pour ne plus mériter de protection du droit du travail ? À partir de quand est-on suffisamment soumis pour bénéficier de cette protection ?

Une première tentative de réponse s'est construite autour de l'idée de « dépendance économique ». Celui qui dépend d'autrui pour ses moyens de subsistance lui est de fait soumis. Il doit dès lors bénéficier du droit du travail. Cette solution avait la faveur de la doctrine majoritaire (v. not. P. Cuche, R. Savatier...). Elle n'a pas été retenue par la Cour de cassation. Le flou de l'idée de « dépendance économique », la crainte

Black plaque (45,1)

d'adopter un critère l'obligeant à plonger dans l'étude de purs faits économiques et une certaine volonté de resserrer le domaine du droit du travail naissant ont conduit la Cour de cassation à poser un autre critère, plus restreint, plus juridique.

32 L'arrêt *Bardou*, du 6 juillet 1931 (v. *Grands arrêts*, n° 1), l'affirme avec force : « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ». Et il ajoute : « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie ».

La cause semble entendue. Au demeurant, la terminologie de l'arrêt *Bardou* a, depuis, été conservée de manière constante. Ce n'est pas la dépendance économique qui est le critère du contrat de travail, mais le « lien juridique de subordination », autrement dit, la « subordination juridique ».

L'idée de « subordination » est une idée d'obéissance. Elle vise la faculté de l'employeur de commander le salarié, de lui donner des ordres auquel il doit obéir. L'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996 (v. *Grands arrêts*, n° 2) l'exprime fort bien : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».

Le qualificatif de « juridique », signifie qu'il s'agit d'un contenu du contrat. Il ne s'agit pas d'un simple fait, d'une puissance détenue dans les faits par l'employeur, mais d'une faculté juridique de l'employeur, d'un droit qu'il a de commander le salarié. Et ce droit, il le tient du contrat de travail. Le contrat de travail est donc un contrat par lequel un pouvoir juridique de direction est accordé à l'employeur, sur son salarié.

33 Cette solution semble claire. Mais pour bien la comprendre, il faut encore la confronter à la jurisprudence exprimée par l'arrêt *Labbane* du 19 décembre 2000. Cet arrêt affirme que la qualification de contrat de travail ne résulte pas « de la volonté exprimée par les parties » mais « des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (sur cette jurisprudence, v. n° 23). La subordination est donc un contenu du contrat, un élément juridique (arrêt *Bardou*), mais cet élément doit être révélé par les faits (arrêt *Labbane*).

Comprendre le droit positif, c'est comprendre l'agencement logique de ces deux jurisprudences. Le premier temps est une recherche de *faits* : le salarié obéit-il ou non, en pratique, à des directives de l'employeur ? Cette *subordination de fait*, comportementale, est seule porteuse de sens. Les volontés exprimées, déclarées sont, elles, trop suspectes pour qu'on puisse leur accorder une quelconque influence sur la solution juridique. Des *faits* de subordination, on déduira l'existence d'une subordination consentie, contractuelle, donc *juridique*. Et cette subordination juridique caractérisera le contrat de travail.

Cet agencement est logique. Le fait de la soumission est bien premier. Il n'a pas attendu l'autorisation de la loi pour exister. Le droit est second, il constate l'existence de ce pouvoir, il l'admet, puis il lui donne un cadre juridique. Ce passage du pouvoir de fait au pouvoir juridique est en partie une soumission du droit au fait. Mais ce passage est aussi une tentative d'encadrement, de réduction du pouvoir par le droit. Intégré au sein du système juridique, le pouvoir de l'employeur doit se soumettre aux règles de ce système. Il y gagne une certaine légitimité.

Il y a là une sorte d'échange entre le droit et le fait : « je te légitime, mais tu te soumets ». Cet échange peut faire penser à la cérémonie religieuse qui permettait aux chevaliers d'être adoubés. Cette légitimation par la religion du pouvoir des chevaliers était conçue, par l'Église, comme une voie de contrôle, d'encadrement de la puissance de la chevalerie. En échange, le pouvoir des chevaliers, était sacré, légitimé. À une tout autre époque, dans un tout autre contexte, c'est un même échange que réalise le droit du travail.

B. La question de la preuve

■ 34 La preuve du contrat de travail est libre ; elle peut se faire par tous moyens. Il est généralement relativement facile de prouver directement que telle personne a reçu une rémunération et qu'elle a exécuté un travail. Mais la preuve directe de la subordination est, elle, souvent impossible. Le travail, a-t-il été réalisé de manière indépendante ou bien l'a-t-il été en obéissant aux ordres de l'employeur ? Les ordres écrits sont bien rares et, comme chacun sait, les paroles s'envolent.

Face à cette difficulté d'apporter une preuve directe de la subordination, la jurisprudence a dû recourir aux présomptions. Elle use ici de la méthode dite du « faisceau d'indices », méthode qu'il s'agit maintenant de décrire.

Il est toute une série d'éléments qui ne sont pas, à proprement parler des faits de subordination, mais dont la présence est reconnue comme un indice de subordination. La présence d'un de ces indices n'est jamais nécessaire à la preuve de la subordination, elle n'est jamais suffisante. C'est à partir de la réunion de plusieurs de ces indices que les juges se forgent une conviction.

Pour préciser un peu les choses, il est nécessaire de prendre quelques exemples d'indices communément utilisés.

Le salaire au temps et non à la tâche peut être un indice de subordination (pour l'utilisation de cet indice, v. par ex. Soc. 28 février 1991 *Bull. civ*. V, n° 110 ; Soc. 13 décembre 2005*). Cette solution est assez logique. Si l'utilisateur de la main d'œuvre paie un temps, on peut penser qu'il doit avoir un certain contrôle sur ce temps, afin de se prémunir contre le risque d'un travail extrêmement lent. Le fait qu'un peintre en bâtiment soit payé à l'heure, laisse penser à l'existence d'un contrôle, d'un pouvoir de commandement, et donc d'une subordination. Si ce peintre est payé à la tâche, cela laisse à penser qu'il est plus indépendant dans l'exercice de son travail, ce qui rappelle plutôt la position d'un artisan indépendant. Bien entendu, cet indice n'a rien de nécessaire. La paie à la tâche pratiquée dans certaines industries peut être un moyen de forcer les cadences de travail et donc d'exercer une pression, une domination encore plus grande sur les ouvriers. Réciproquement, de nombreuses professions parfaitement indépendantes pratiquent une facturation en heures de travail.

La présence des moyens du pouvoir est un autre indice de l'existence du pouvoir. On ne sait si l'utilisateur de la main d'œuvre a exercé un pouvoir, mais il en avait les moyens, soit par ses connaissances techniques, soit par l'emploi d'un personnel capable de diriger, soit encore par la présence d'outils permettant un contrôle, soit encore, plus simplement, parce que le travail avait lieu sous ses yeux, dans son entreprise. Réciproquement, l'absence des moyens du pouvoir laissera penser qu'il n'y a pas de contrat de travail. Ainsi l'incompétence totale du soi-disant « employeur », peut laisser supposer qu'on est en présence d'un contrat d'entreprise (Soc. 24 janvier 2001, *RJS* 2001, n° 99).

Black plaque (47,1)

La participation à une entité de production collective, place les personnes dans une interdépendance, qui exige un minimum de direction pour fonctionner. S'inspirant de cette idée, la Cour de cassation avait même, un temps, fait de l'intégration dans un service organisé un véritable critère autonome du contrat de travail pouvant se substituer à la preuve de la subordination. Ce n'est plus le cas actuellement. L'intégration dans un service organisé n'en demeure pas moins un indice qui peut laisser à penser que l'on est en présence d'une relation de subordination (Soc. 13 novembre 1996, *Société Générale*, *préc.*, v. *Grands arrêts*, n° 2). Dans le même ordre d'idée, on peut noter que l'existence d'horaires de travail imposés sert souvent d'indice (Soc. 8 juillet 2003, *Bull. civ*. V, n° 217).

Ces derniers indices sont puissants, mais ils ne sont pas suffisants, un travailleur doté de compétences importantes qui lui sont propres, peut être conduit à travailler au sein d'un service organisé, en se soumettant à des horaires, sans pour autant être nécessairement un salarié. C'était, par exemple, le cas de conférenciers embauchés par la Société Générale, auquel la Cour a reconnu le statut d'indépendants (v. Soc. 13 novembre 1996, *Société Générale*, *préc.*).

35 La liste des indices possibles est relativement longue et non limitative. Il n'est donc pas étonnant d'y retrouver des éléments qui relèvent de la dépendance économique. Si le travailleur est économiquement dépendant de son « client », ce dernier est davantage en position de lui donner des ordres. Ainsi, il n'est pas rare de trouver des éléments démontrant la dépendance économique servir d'indice de la subordination du salarié. Par exemple, l'arrêt du 13 janvier 2000 (*Bull. civ*. V, n° 20) retient la subordination d'un médecin à un centre de thalassothérapie, en se basant notamment sur le fait que les patients du médecin demeurent la clientèle du centre dans lequel il travaille. Ainsi encore, le caractère très précaire d'un contrat de « location » de taxi (contrat renouvelé tous les mois), place le « locataire » de taxi dans une situation de dépendance économique vis-à-vis du loueur. Et cet élément a été retenu par la Cour de cassation comme indice de subordination dans l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000*.

Chassée par la porte de l'arrêt *Bardou*, la dépendance économique retrouve ainsi une part d'influence, en revenant par la fenêtre des indices de la subordination.

section 3

Des restrictions

36 Le domaine d'application du droit du travail a subi deux restrictions très discutables. La première, d'origine législative, était suffisamment maladroite pour n'être guère pourvue d'effets (§ 1). La seconde, d'origine jurisprudentielle, a eu des effets autrement plus dévastateurs (§ 2).

Black plaque (48,1)

§ 1 L'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.)

■ 37 Pour accélérer le mouvement de repli que connaît le droit du travail, une idée simple consiste à exclure certains travailleurs du bénéfice du droit du travail. C'est ce qui a été tenté par la loi Madelin du 11 février 1994, en adoptant l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail. Ce texte, abrogé par la loi Aubry II du 19 janvier 2000, a été rétabli par la loi du 1er août 2003, puis élargi par la loi du 23 février 2005.

L'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail crée une présomption de non-appartenance au salariat. Cette présomption a désormais un champ d'application large, puisque, pour être présumé ne pas être salarié, il suffit d'être inscrit sur un des registres des professions indépendantes (registre du commerce et des sociétés pour les commerçants, registre des métiers, pour les artisans, etc.). L'inscription sur ces registres étant une simple formalité administrative, un employeur peut fort bien demander à ses subordonnés de requérir une telle inscription. Ils seront ainsi « inscrits » et donc présumés ne plus être des salariés.

Il ne s'agit cependant que d'une présomption simple, que les salariés peuvent renverser : il leur faut, aux termes de l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.), prouver l'existence d'un lien de « subordination juridique permanente ».

En dehors de ce texte, un travailleur doit en toute hypothèse invoquer un lien de subordination juridique s'il veut obtenir le bénéfice du droit du travail. Or, la preuve d'un fait incombe à celui qui l'invoque. La charge de la preuve de la subordination juridique pèse donc sur celui qui se prétend salarié, même s'il n'est pas inscrit, même s'il n'est donc pas soumis à la présomption de l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail. La présomption simple de ce texte n'opère donc *aucun déplacement de la charge de la preuve*.

En revanche, l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail modifie *l'objet de la preuve*. En dehors du texte, la preuve d'un lien de subordination juridique est nécessaire. Lorsque le texte s'applique, c'est un lien de subordination juridique « permanente » qu'il s'agit de prouver.

La question était est de savoir quel sens il faut donner à cette exigence de « permanence ».

Une première interprétation aurait pu conduire à penser que tout salarié embauché par un contrat à durée déterminé, parce qu'il est précaire, n'est pas soumis à un lien de subordination juridique « permanente ». Une telle interprétation reviendrait à expulser du salariat les salariés précaires, soit encore ceux qui ont le plus besoin de protection. Cela conduirait à supprimer l'essentiel de l'utilité des dizaines de pages du Code du travail consacrées à ces salariés. Une telle interprétation se heurte à des pans entiers du droit. Elle n'est donc guère défendable. La « permanence » du texte n'est donc pas une exigence de durée indéterminée.

La « permanence » ne peut, dès lors avoir qu'un sens relatif. Est un subordonné permanent le salarié qui peut recevoir un ordre de son employeur, durant son temps de travail, *à tout moment*. Cette caractéristique est cependant le propre de toute relation de subordination. Le mot « permanent » n'ajoute alors rien à l'exigence de subordination juridique. L'absence de toute autre signification possible du mot a conduit la jurisprudence à opter ainsi pour une certaine continuité. La Cour de cassation applique les mêmes critères et solutions, que l'on soit en dehors du champ d'application de l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail ou que l'on soit dans le cadre de ce champ d'application (v. Soc. 8 juillet2003, *Bull. civ*. V, n° 217).

Black plaque (49,1)

38 Dès lors, ce n'est pas l'effet principal du texte qui est à craindre. Comme à son habitude, le diable se cache dans les détails. La présomption de non-salariat permet à l'employeur qui a pris le soin d'ordonner à ces faux indépendants de s'inscrire sur un des registres susvisés, d'échapper en principe aux poursuites pénales pour emploi dissimulé (sur ce délit, v. n° 195). L'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail fait aussi peser une menace d'expulsion du salariat des salariés à domicile, ce qui est beaucoup plus grave (sur ces salariés, v. n° 41). Ces effets détournés semblent les principaux effets qui soient à craindre du texte.

L'absence d'effet direct d'une disposition comme celle de l'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) du Code du travail ne doit plus étonner. Nous vivons en un temps où l'effet d'annonce, l'effet publicitaire, est souvent recherché par le législateur indépendamment de tout effet réel. Et ici, le message est clair : le gouvernement a agi en vu de réduire le champ d'application du droit du travail. Cette branche du droit étant une nuisance, un frein à la pleine efficacité de nos entreprises, le gouvernement travaille ainsi à améliorer la compétitivité économique de notre pays (sur cette argumentation, v. n°s 4 à 6). D'ailleurs, la loi du 1er août 2003, qui a réintroduit ce texte, ne s'intitulait-elle pas « loi pour l'initiative économique » ?

§ 2 L'exclusion des travailleurs du droit public

39 Le droit du travail est une branche du droit privé. Il ne s'applique pas aux travailleurs qui relèvent du droit public. Ces derniers sont, en principe, régis par des statuts, dont les plus importants sont les statuts de la fonction publique. Cette exclusion du droit du travail des travailleurs de droit public a une justification, partiellement dépassée : l'intérêt général aurait des exigences que l'on ne retrouve pas dans le secteur privé, lesquelles conduiraient à des sujétions particulières, moins favorables que certaines dispositions du Code du travail. On pensait alors au statut particulier des corps d'autorité, aux militaires ou aux policiers, et à la nécessaire continuité du service public.

En contrepartie de ces sujétions dérogatoires au droit commun et de l'exclusion du Code du travail, les travailleurs de droit public bénéficient, en principe, de l'application d'un statut. Et ces statuts, avec les garanties de stabilité d'emploi qu'ils comportent, apparaissent souvent globalement préférables à l'application de ce socle de garanties minimales que constitue le Code du travail. Aussi l'application des minima du droit privé n'est-elle pas revendiquée par les personnels statutaires du secteur public.

Une catégorie de personnel, cependant, ne bénéficie ni de statut, ni du Code du travail. Cette catégorie, dite « des agents publics non statutaires », regroupe depuis l'arrêt *Berkani* (T. confl. 25 mars 1996, *Lebon*, p. 535 ; *Bull. T. confl.*, n° 6 ; *Grands arrêts*, n° 6) *l'ensemble des personnels non statutaires des services publics administratifs*. Elle forme le tiers exclu. Pour ces personnels, qui relèvent de la compétence des tribunaux administratifs, à part l'application de quelques règlements particuliers et de quelques grands principes tirés du droit du travail, rien ou presque n'est prévu.

40 Cette solution est difficilement admissible. Le Code du travail contient un socle de garanties minimales accordées à des personnes qu'il a été jugé nécessaire de protéger, du fait de l'état de subordination dans lequel elles sont placées. Ce motif est la racine et la justification du droit du travail. Or, on le retrouve à l'identique, si ce n'est *a fortiori*,

Black plaque (50,1)

pour les agents publics non statutaires, lesquels ne sont pas moins en état d'infériorité et de subordination que les salariés du droit privé.

De plus, la protection des agents publics non statutaires qu'assurerait l'application du Code du travail ne doit pas inquiéter. Ce Code ne contient rien qui empêcherait le bon fonctionnement des services publics. Une administration dotée des mêmes pouvoirs vis-à-vis de ses agents qu'une entreprise comme Michelin ou PSA vis-à-vis de ses salariés ne serait pas mise dans un état de faiblesse tel que l'on puisse sérieusement craindre pour le service public. Quand au droit de grève, rappelons qu'il est limité dans les services publics par le Code du travail lui-même...

Entre le statut et le droit du travail, l'existence d'un tiers exclu apparaît comme une curiosité injustifiable.

Il est à noter que cette bizarrerie n'est aucunement partagée par le droit de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union applique en effet assez facilement la protection des directives du droit du travail aux travailleurs du secteur public. Par ce biais, les travailleurs de droit public sans statut bénéficient, depuis peu, de quelques protections. Ainsi, l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 (dir. 1999/70/CE du Conseil) est applicable au secteur public (ce que la CJCE a confirmé par un arrêt du 4 juillet 2006, *Adeneler*, C-212/04, *Dr. soc.* 2007. 97, obs. C. Vigneau ; *RDT* 2006. 141, obs. F. Guiomard). La loi française du 26 juillet 2005 a dû se soumettre à cet accord et limiter le recours aux contrats à durée déterminée de droit public.

section 4

Des extensions

41

Les principales extensions du domaine d'application du droit du travail ont pour objectif d'intégrer des catégories de travailleurs dépendants, qui, pour une raison ou pour une autre, ne peuvent guère prouver l'existence d'un lien de subordination juridique.

Le cas des travailleurs à domicile est de ce point de vue symptomatique. La plupart des indices d'une subordination juridique sont, dans leur cas, absents. Ils travaillent chez eux, hors du regard de l'employeur et de ses contremaîtres. Ils sont le plus souvent payés à la tâche. Leurs horaires sont libres. Leur prestation de travail est exécutée en dehors d'un service organisé, etc.

Pourtant, et l'histoire l'a amplement démontré, ces travailleurs peuvent être placés, de fait, dans une situation pire encore que celle qu'ont à subir les salariés qui travaillent au sein de l'entreprise. Isolés, les travailleurs à domicile peinent à organiser une quelconque action collective et ils ne sont guère syndiqués. Ils forment dès lors une catégorie de travailleurs qui, souvent, a plus encore besoin de protection que les salariés inclus dans une collectivité de travail.

Le besoin de protection et la difficulté de prouver la subordination juridique ont conduit le législateur à les intégrer au sein du domaine du droit du travail, sans qu'ils aient besoin de prouver un quelconque lien de subordination juridique (art. L. 721-1 et L. 721-6 C. trav. ; L. 7412-1 et L. 7413-2 recod.). Pour être qualifié de travailleur à domicile, un travailleur doit essentiellement remplir trois conditions. Il doit être

Black plaque (51,1)

rémunéré de manière forfaitaire, que ce soit à l'heure ou à la tâche. Il doit ne pas avoir lui-même de salariés. Seule l'aide de sa famille et l'emploi d'un unique autre auxiliaire sont autorisés. Et surtout, il ne doit pas avoir de clientèle : il peut avoir un ou plusieurs donneurs d'ordre, mais pas une multiplicité de donneurs d'ordres telle qu'il ne soit plus dépendant d'aucun d'entre eux. Il y a là une question de mesure qui n'est pas sans rappeler l'idée de dépendance économique.

Cette même idée est encore au cœur de la définition du « commerçant-salarié » de l'article L. 781-1 2° (L. 7321-2, 2° recod.) du Code du travail. En bon commerçant, le « commerçant-salarié » a pour métier principal l'achat pour revendre. Il bénéficie cependant d'une partie du Code du travail à une triple condition. La première est une condition de dépendance économique. Elle est plus stricte que pour les salariés à domicile : un lien exclusif ou quasi exclusif avec un fournisseur est exigé. Les deuxième et troisième conditions sont des actes de pouvoir exercés par le fournisseur : celui-ci doit, d'une part, avoir fixé ou agréé les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité de l'établissement du commerçant et il doit, d'autre part, lui avoir, dans les faits, imposé ses prix.

Ces trois conditions sont suffisantes. Il est notamment possible au « commerçant-salarié » d'avoir lui-même des salariés. Il conserve toute liberté en matière d'embauche, de licenciement et de fixation des conditions de travail et il reste le seul responsable de ce personnel (L. 781-1 al. 5 ; L. 7321-3 recod.). Il est alors bien un employeur au sens plein. Les modalités commerciales de son activité demeurent de la compétence du tribunal de commerce (Soc. 8 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 96, *Dr. soc.* 2006. 789, note J. Savatier). Mais il n'en bénéficie pas moins, dans ses rapports avec son fournisseur exclusif ou quasi exclusif, des Livres I et II du Code du travail, lesquels comprennent l'essentiel des protections individuelles des salariés, avec notamment les limitations du temps de travail, le droit à un salaire minimum, aux congés payés et le droit commun du licenciement (sont en revanche exclus, notamment, le droit du licenciement économique et les dispositions relatives à la représentation collective des salariés). Et, pour l'application de ces textes, ce sont les conseils de prud'hommes qui sont compétents (v. not. Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 122).

Ce statut du « commerçant salarié » a bénéficié à des gérants de station-service (v. Soc. 13 janvier 1972, (quatre arrêts) *Bull. civ.* V, n° 28 ; *D.* 1972. 425 ; Soc. 22 mars 2006, *préc.*), à des gérants de succursales (v. par ex. Soc. 8 mars 2006, *préc.*), à des concessionnaires exclusifs, à des franchisés, etc. Son application pratique reste cependant très en deçà de son potentiel. Les personnes susceptibles de bénéficier de ce statut sont relativement peu enclines à réclamer la protection du Code du travail, soit qu'une telle réclamation leur apparaisse comme une déchéance sociale, soit qu'ils ignorent les possibilités que le texte leur ouvre.

Aux travailleurs à domicile et aux « commerçants-salariés » s'ajoutent bien d'autres catégories de travailleurs qui, par détermination de la loi, bénéficient de tout ou partie du Code du travail. Il en va ainsi, notamment des VRP (voyageurs-représentants-placiers), lesquels sont des représentants de commerce qui, dans les faits, sont sous la domination de leur mandant (pour plus de détails v. les art. L. 751-1 et s., L. 7311-1 et s. recod.), des journalistes (L. 761-1 et s. C. trav. ; L. 7111-1 et s. recod.), des mannequins (L. 763-1 et s. C. trav. ; L. 7123-2 et s. recod.) ou encore des assistants maternels (art. L. 773-1 et s. C. trav. ; déplacés par la recodification aux art. L. 423-1 et s. du Code de l'action sociale et des familles).

Black plaque (52,1)

Biblio

- G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, 1990.
- A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 131 et s.
- A. Jeammaud, « L'assimilation de franchisés aux salariés », *Dr. soc*. 2002. 158 et s.

Documents

Une qualification impérative

Ass. plén. 4 mars 1983, *D.* 1983. 381

« La seule volonté des intéressés est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche ».

Soc. 19 décembre 2000, *Labbane*, *Bull. civ.* V, n° 437 p. 337 ; *Grands arrêts*, n° 3 ; *Dr. soc.* 2001. 227, note A. Jeammaud ; *Dr. ouvrier* 2001. 241, 2e esp., note A. de Senga

« Attendu que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs » (v. suite de l'arrêt p. suivante).

V. aussi la formule plus ramassée de :

Soc. 9 mai 2001 *Dr. soc*. 2001. 798, note J. Savatier

« L'existence d'une relation de travail salarié dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle ».

Un travail

- Le stage, un travail subordonné exclu du droit du travail

Soc. 17 octobre 2000, *RJS* 2000, n° 1214

« L'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage en entreprise (si) les conditions requises par la convention de stage en entreprise du 20 mai 1994 pour la réalisation du stage avaient été remplies et si, en conséquence, la convention avait reçu application… ».

- Mais l'utilisation abusive d'un élève en stage peut être pénalement sanctionnée, notamment par l'intermédiaire de l'article 225-13 du Code pénal

Crim. 3 décembre 2002, *Bull. crim.*, n° 215

« (…) l'arrêt retient que les stagiaires se trouvaient dans une situation de dépendance en raison, notamment, du caractère obligatoire de leur stage pour l'obtention du brevet de technicien supérieur ;

Black plaque (53,1)

Que les juges ajoutent que le prévenu a abusé de cette situation en les affectant à la réception de l'hôtel, de 23 heures à 7 heures, 7 jours sur 7, pour une durée de travail hebdomadaire comprise entre 56 et 63 heures et pour une rémunération fixée à 1760 francs pour 190 heures ;

Qu'ils en déduisent que cette rétribution est manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction et répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont ils étaient saisis, les juges ont caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont ils ont déclaré le prévenu coupable (...) ».

En l'espèce le prévenu avait été condamné à 4 mois d'emprisonnement, et la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Un salaire

Soc. 29 janv. 2002, *Dr. soc.* 2002. 494

« Si, dans le cadre d'une association, les adhérents peuvent accomplir un travail en ne percevant que le remboursement de leurs frais sans relever du Code du travail, la signature d'un contrat "de bénévolat" n'exclut pas l'existence d'un contrat de travail dès lors que les conditions en sont remplies : ordres, directives, contrôle, sanctions, somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés ».

Une subordination

Civ. 6 juillet 1931, *Bardou*, *DP* 1931. 1. 131, note P. Pic ; *Grands arrêts*, n° 1

« Attendu que la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; que la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie... »

Soc. 19 décembre 2000, *Labbane (préc.)*

« (...) Attendu, cependant, que le contrat litigieux prévoit que sa durée et celle de chacun de ses renouvellements sont limitées à un mois, qu'il peut être résilié mensuellement avec un délai de préavis très court, que la redevance due au "loueur" inclut les cotisations sociales qu'il s'engage à "reverser" à l'URSSAF et est révisable en fonction notamment du tarif du taxi ; que les conditions générales annexées au contrat fixent une périodicité très brève pour le règlement des redevances, sanctionnée par la résiliation de plein droit du contrat, et imposent au "locataire" des obligations nombreuses et strictes concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule, notamment conduire personnellement et exclusivement ce dernier, l'exploiter "en bon père de famille", en particulier, en procédant chaque jour à la vérification des niveaux d'huile et d'eau du moteur, le maintenir en état de propreté en utilisant, à cette fin, les installations adéquates du "loueur", faire procéder, dans l'atelier du "loueur", à une "visite" technique et d'entretien du véhicule une fois par semaine et en tout cas, dès qu'il aura parcouru 3 000 kilomètres sous peine de supporter les frais de remise en état, assumer le coût de toute intervention faite sur le véhicule en dehors de l'atelier du "loueur" ainsi que la responsabilité de cette intervention ;

Black plaque (54,1)

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions précitées prévues par ledit contrat et les conditions générales y annexées, plaçait le "locataire" dans un état de subordination à l'égard du "loueur" et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un "véhicule taxi", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et annule... »

Soc. 13 décembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 320

« ... l'arrêt relève que les "mandataires" intervenaient à partir d'un dossier technique constitué par la société, qu'ils facturaient leurs honoraires sur la base d'un barème horaire déterminé unilatéralement par celle-ci et dans la limite imposée d'un temps moyen de trois heures, qu'ils n'assumaient aucun risque économique, que leur activité était contrôlée selon un échéancier de surveillance, que les titres de paiement étaient encaissés par la société et que celle-ci disposait à leur égard d'un pouvoir de sanction "consistant à décider de ne plus confier de mission" ; que la cour d'appel en a exactement déduit, sans méconnaître l'objet du litige, que les intervenants concernés travaillaient dans un lien de subordination... ».

Extensions du domaine du droit du travail

Soc. 4 décembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 373 ; *Grands arrêts*, n° 5

« Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 781-1.2° du Code du travail, les dispositions du Code du travail qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle et commerciale, *lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise* ; qu'il résulte de ce texte que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du Code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination ».

Black plaque (55,1)

chapitre 3

Sources

Black plaque (56,1)

Plan analytique

section 1

Inventaire

§ 1 Le niveau mondial

§ 2 Les niveaux européens

A. L'Union européenne

B. Le Conseil de l'Europe

§ 3 Le niveau étatique

§ 4 Les conventions collectives

§ 5 Les usages de la profession

§ 6 Les normes de source patronale

§ 7 Le contrat individuel de travail

section 2

Déclin de la force obligatoire des règles du droit du travail

§ 1 La place des traités et du droit européen

§ 2 Le conflit entre deux conventions collectives

A. Le principe de hiérarchie inversée

B. L'application résiduelle du principe de faveur

§ 3 La convention collective et la loi

§ 4 Le contrat individuel et l'ordre public

§ 5 Situation des normes professionnelles non conventionnelles

3

Sources

De toutes les matières juridiques, le droit du travail est de très loin la matière dont les sources juridiques sont les plus diversifiées. Cela s'explique pour de nombreuses raisons.

La première est sans doute à découvrir du côté du pouvoir de l'employeur. Ce pouvoir, qui est le plus important des pouvoirs privés, est juridiquement reconnu. Et cette reconnaissance se traduit par l'intégration officielle dans le monde du droit des normes issues de la volonté unilatérale de l'employeur.

Une deuxième raison de la diversité des sources du droit du travail vient du long refus des pouvoirs publics d'intervenir dans les rapports de travail. Les premières règles protectrices du droit du travail sont issues de grèves gagnées. Les accords de fin de conflits alors conclus inventèrent un type de contrat original, dont l'importance en droit du travail est restée cruciale : les conventions collectives.

Une troisième raison de la diversité est sans doute à rechercher dans les enjeux particulièrement forts du droit du travail. La matière s'est créée au cœur des luttes politiques des XIXe et XXe siècles. Le droit du travail a même été considéré comme un élément nécessaire au maintien de la paix mondiale. Dans un tel contexte, le droit international de niveau mondial a connu un développement précoce et d'exceptionnelle ampleur.

Les juristes ne purent, en la matière, rester murés autour de leurs sources traditionnelles, légales et jurisprudentielles. Dès le lendemain de la Première Guerre mondiale, le carcan des sources traditionnelles a dû céder, pour laisser de la place d'abord aux conventions collectives (reconnues comme norme originale par la loi du 25 mars 1919), puis au développement des traités (l'Organisation internationale du travail est créée avec la Société des nations (SDN), par le traité de Versailles du 22 juin 1919), puis progressivement, à bien d'autres sources encore.

Un rapide tour d'horizon des sources du droit du travail s'avère donc nécessaire (section 1). La multiplicité de ces sources pose la question des rapports qu'elles entretiennent les unes avec les autres (section 2).

section 1

Inventaire

Le plus simple est de partir du plus grand, le niveau mondial, pour s'arrêter au plus petit, le contrat individuel de travail.

Black plaque (58,1)

§ 1 Le niveau mondial

■ 44 Les traités à vocation mondiale sont nombreux en droit du travail. Il faut bien sûr mentionner ici les Pactes de 1966, adoptés dans le cadre de l'ONU. Le premier de ces pactes est *relatif aux droits civils et politiques*. Le second, qui a plus d'importance en droit du travail, est *relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Par son effet direct et par son contenu souvent plus protecteur que ne le sont les déclarations de droits françaises ou européennes, ce Pacte représente une très importante source de droits de l'homme.

Il existe en outre de nombreux traités à vocation mondiale, spécifiquement consacrés au droit du travail. Ces traités, rassemblés sous le nom de Code international du travail sont le fruit des remarquables efforts de l'Organisation internationale du travail (OIT). Cette organisation a été créée en 1919, à la fin de la Première Guerre mondiale, lors de la Conférence de la paix réunie d'abord à Paris, puis à Versailles. Rattachée à la SDN, elle est la seule partie de cette organisation qui ait survécu à la Seconde Guerre mondiale. L'OIT est aujourd'hui intégrée au sein de l'ONU.

Cette organisation est un exemple unique de démocratie sociale au niveau mondial. Elle est divisée en trois organes principaux, la Conférence internationale du travail, le Conseil d'administration et le Bureau international du travail.

La Conférence internationale du travail (CIT) est une sorte de Parlement mondial, compétent en matière sociale. Chacun des 178 États membres de l'OIT y envoie plusieurs délégués, dont 4 ont le droit de vote : 2 sont désignés par le gouvernement de l'État membre, 1 par les organisations d'employeur, et 1 par les syndicats de salariés. La CIT se réunit tous les ans, au mois de juin, à Genève.

Le Conseil d'administration est l'exécutif de l'OIT. Il est composé de 28 membres gouvernementaux, auxquels s'ajoutent 14 membres employeurs et 14 membres travailleurs. Les 10 États ayant la plus grande importance économique sont des membres gouvernementaux permanents du Conseil ; les représentants des autres États sont élus tous les 3 ans par la Conférence. Les employeurs choisissent leurs propres représentants et les travailleurs les leurs.

Le Bureau international du travail (BIT) compte un peu moins de 2 000 fonctionnaires originaires de tous les pays et qui assurent diverses fonctions, notamment d'aide et de formation dans les États membres dont les normes sociales sont les moins développées.

La Conférence internationale du travail adopte, à la majorité des deux tiers, des conventions internationales. Celles-ci sont préalablement élaborées au sein du BIT et proposées par le Conseil d'administration. Cependant, suivant les règles traditionnelles du droit international, les conventions ne sont obligatoires que dans la mesure où elles ont été ratifiées par chaque État. Il existe certes une remarquable obligation, faite aux États membres, de présenter les conventions adoptées à l'organe national compétent pour les ratifier et ce dans le délai d'1 an qui suit leur adoption (art. 19.5 de la Constitution de l'OIT). Malgré cela, et notamment du fait de la violation fréquente de cette obligation de présentation, certaines conventions n'ont été ratifiées que par très peu d'États.

■ 45 Face à cette situation, l'OIT a eu une réaction très vive, qui en dit long sur l'état d'esprit et sur le dynamisme de cette institution. Il en est résulté l'importante déclaration du 19 juin 1998, relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Cette déclaration, adoptée par la CIT, affirme que huit conventions

Black plaque (59,1)

internationales, les plus importantes, sont juridiquement impératives pour tous les États membres de l'OIT, *même s'ils n'ont pas ratifié ces conventions*. Ces conventions, fondamentales, traitent de la liberté d'association, de la liberté syndicale, du droit à la négociation collective, de l'élimination du travail forcé et du travail des enfants et de l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession. Il s'agit d'un cas unique de conventions internationales de niveau mondial, déclarées obligatoires, en l'absence de ratification. Cette importante avancée du droit international s'est appuyée sur un argument de droit intégré dans la déclaration* : en adhérant à l'OIT, les États ont adopté ses valeurs fondatrices et ce sont ces valeurs qui sont explicitées dans les conventions fondamentales visées. Dès lors l'adhésion au traité fondateur de l'OIT vaut adhésion à ces conventions.

L'argument a sa force. Il ne doit pas pour autant masquer l'importance de l'avancée ainsi réalisée par l'organisation internationale. La déclaration de 1998* est en rupture totale avec les habitudes du droit international. Et elle crée de surcroît un mécanisme de vérification et de contrôle de l'application des conventions en question, qui accroît les pouvoirs de l'OIT en la matière, dans l'objectif de rendre plus effectives lesdites conventions.

Malgré cette importante avancée, il demeure que, même dans ce cadre, l'OIT reste dépourvue de véritables pouvoirs coercitifs. Et les sanctions qu'elle peut appliquer restent, pour l'essentiel, d'ordre symbolique. Le contraste est fort lorsque l'on compare cette situation de l'OIT à la position d'un organisme comme l'Organisation mondiale du commerce. Cette dernière organisation, qui n'est chargée que de l'application des grands traités sur le commerce, a de puissants moyens de sanctions. Les droits des commerçants internationaux sont ainsi, de très loin, mieux protégés que les droits fondamentaux des travailleurs.

L'OIT n'en demeure pas moins une source importante du droit. En France, actuellement, plus de 100 conventions de l'OIT ont été ratifiées et sont aujourd'hui en vigueur. Et ces conventions, trop souvent méconnues, sont directement invocables devant les tribunaux français (pour l'application directe d'une convention internationale de l'OIT, v. not. Soc. 29 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 131).

§ 2 Les niveaux européens

Alors qu'au niveau mondial le droit du travail est l'une des branches du droit les plus développées, la situation est loin d'être aussi favorable au niveau européen. 46

Les objectifs sociaux restent secondaires, voire subalternes au sein de l'Union européenne (A). Et au niveau du Conseil de l'Europe, les droits sociaux ne sont guère que des pétitions de principes (B).

A. L'Union européenne

L'ordre juridique européen n'a encore qu'un rôle modeste en droit du travail. Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe aurait pu permettre d'étendre un peu le champ de compétence de l'Union Européenne et en particulier celui de la Cour de justice, au travers notamment de la force obligatoire qu'il aurait accordé à la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Ce traité-constitution a cependant été rejeté, à la suite du résultat négatif du référendum du 29 mai 2005. 47

En l'état du droit positif, les compétences de l'Union européenne en droit du travail demeurent donc les suivantes.

Les règlements européens ne peuvent pas, en principe, traiter du droit du travail. En la matière, les traités n'autorisent que des directives. Celles-ci peuvent être adoptées à la majorité qualifiée (art. 137.2, b, du traité CE) dans certains domaines, comme l'information et la consultation des travailleurs ou encore les conditions de travail (lesquelles incluent notamment les questions d'hygiène, de sécurité, et de temps de travail). En revanche, restent soumis à l'exigence d'unanimité des points importants, comme le droit du licenciement ou l'action syndicale revendicative dans l'entreprise (art. 137.2, b, *préc.* du traité CE). Certains points centraux, comme la question de la grève ou celle des rémunérations sont même exclus, en principe, du champ d'une possible législation européenne (art. 137.5 du traité CE).

Il résulte de ces limites que le droit du travail reste une branche relativement pauvre du droit de l'Union européenne. Et les perspectives n'apparaissent pas, à moyen terme, très florissantes. La tendance semble même être à un certain reflux des quelques protections assurées par le droit européen. On notera qu'ainsi la modification en cours de la directive de 2003 sur le temps de travail, va dans le sens d'une réduction des protections, pourtant déjà bien faibles, du droit européen (v. n° 357).

■ 48 Ce droit ne saurait pour autant être négligé. Certains domaines du droit du travail restent profondément marqués par les avancées du droit européen. Ainsi, par exemple, l'important progrès que constitue la reconnaissance des discriminations indirectes a été imposé à la France par l'Union européenne (v. n°s 171 à 173) et c'est encore au droit européen que l'on doit l'intégration dans le Code du travail de nombreuses dispositions relatives à l'amélioration de la sécurité sur les lieux de travail (v. not. le chapitre sur les principes généraux de prévention, art. L. 230-1 et s. C. trav. ; L. 4121-1 et s. recod., lequel est issu de la transposition de la directive de 1989).

De plus, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes conduit régulièrement, à infléchir telle ou telle solution du droit interne. Des questions juridiques entières sont ainsi désormais principalement régies par le droit européen. La question du maintien des contrats individuels de travail en cas de restructuration en est un exemple (v. n°s 400 et s.).

■ 49 La négociation collective au niveau européen commence, elle aussi, à jouer un rôle. Ces conventions collectives sont des accords conclus entre les syndicats de salariés d'une part et les associations d'employeurs d'autre part. Les principaux acteurs de cette négociation au niveau européen sont du côté des salariés la CES (Confédération européenne des syndicats), du côté patronal l'UNICE (l'Union des industries de la Communauté européenne) et, pour les employeurs du secteur public, la CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique). Pour acquérir une force obligatoire au niveau européen, ces accords doivent être entérinés sous la forme d'une directive (art. 139 du traité CE). Politiquement, il est cependant difficile aux organes de l'Union de refuser cette confirmation et l'accord collectif est donc, en principe, facilement entériné (v. not. la directive du 15 décembre 1997 reprenant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel ou encore la directive du 28 juin 1999 reprenant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée). Les résultats de cette négociation collective n'en demeurent pas moins très modestes jusqu'ici, du fait des fortes réticences patronales à s'engager dans ce type de négociation.

Black plaque (61,1)

Il est à noter que si les négociateurs collectifs de niveau européen le souhaitent, ils peuvent d'un commun accord bloquer le processus d'adoption d'une directive en matière de droit du travail. Il leur est alors accordé un délai de 9 mois pour négocier (art. 138 du traité CE). Si leur négociation aboutit, les organes de l'Union n'auront plus que la possibilité d'entériner l'accord ou de s'y opposer, sauf violation avérée des traités par l'accord. Ce n'est que si la négociation échoue, que le processus législatif européen peut reprendre. Cette faculté des négociateurs collectifs de bloquer ainsi le travail de la Commission européenne, du Conseil européen et du Parlement européen apparaît assez étrange à l'observateur habitué à un droit du travail impératif, imposé par les représentants de l'intérêt général nonobstant l'accord contraire des personnes privées.

B. Le Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe est une organisation internationale qui regroupe les 46 États de la « grande » Europe. Il inclut notamment, outre les 25 États de l'Union européenne, l'ensemble des pays Baltes, la Turquie, la Suisse, la Russie, l'Ukraine... En son sein ont été conclues deux conventions importantes qui concernent le droit du travail.

La première est directement consacrée au droit du travail, il s'agit de la *Charte sociale européenne*, conclue en 1961 et substantiellement révisée en 1996 (révision ratifiée par la France en 1999). Cette Charte contient un ensemble de droits sociaux fondamentaux relativement riche. L'article 6, par exemple, est un des rares textes internationaux à reconnaître le droit de grève, et ce depuis 1961. On peut même considérer que, depuis sa révision de 1996, la Charte est l'un des textes les plus complets en matière de droits sociaux. En tant que traité, elle est directement invocable devant les juridictions françaises. Cependant, la Charte est dépourvue de mécanisme de sanction efficace à l'échelle internationale : les pires sanctions susceptibles d'être encourues par les États sont des recommandations émanant du Conseil des ministres. Et l'on sait d'expérience que ce type d'organe, politique, est limité par les exigences de la diplomatie, lesquelles l'empêchent d'aller bien loin (v. par ex. n° 353). Cette faiblesse permet au Conseil d'État de refuser encore, généralement, de lui accorder un effet direct (CE 2 avril 2004, n° 249482 ; CE 15 mai 1995, n° 152417).

La seconde convention du Conseil de l'Europe a avoir un impact en droit du travail est la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950. Cette convention est dans une situation inverse de la précédente. Dans son contenu, ce texte ne contient que peu de dispositions relatives au droit du travail. Mais l'application de ces dispositions est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle détient de véritables pouvoirs de sanction et peut être saisie par tout citoyen d'un pays membre. Ainsi, les rares textes de la Convention consacrés au droit du travail sont l'occasion, pour la Cour, de bâtir de véritables jurisprudences. Lesquelles ont eu une influence directe sur le droit français. L'impact de la jurisprudence de la Cour sur l'étendue de la liberté syndicale en est un exemple. De plus, du fait de cette activité juridictionnelle, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est mieux connue des juristes. Son effet direct est pleinement reconnu et elle est régulièrement mobilisée en droit du travail, y compris au sein des arrêts de la Cour de cassation. Alors que la Charte sociale européenne, pourtant incommensurablement plus riche en la matière, n'est guère utilisée.

Black plaque (62,1)

§ 3 Le niveau étatique

■ 51 On retrouve en droit du travail l'ensemble des sources étatiques traditionnelles. La loi, le règlement et la jurisprudence sont, comme dans les autres matières, des sources essentielles. Il suffit de noter ici quelques détails spécifiques au droit du travail.

Toutes les Hautes juridictions françaises sont compétentes, chacune à sa manière, en droit du travail. Et il n'est donc pas rare de rencontrer des conflits. Jurisprudences constitutionnelle, administrative et judiciaire ont souvent du mal à s'accorder. Et, au sein même de la Cour de cassation, les affrontements entre la chambre sociale et la chambre criminelle ont fait couler beaucoup d'encre.

Selon l'article 34 de la Constitution de 1958, la loi « détermine les principes fondamentaux » du droit du travail. Elle compose la première partie du Code du travail, celle qui contient les articles en « L. ». Hors de ces « principes fondamentaux », pleine compétence est donnée au pouvoir réglementaire. La deuxième partie du Code, qui comprend les articles en « R. », est composée de décrets pris après avis du Conseil d'État et la troisième partie, les articles en « D. », est composée de décrets simples. Les lois et règlements ayant trait au droit du travail et qui sont restés non codifiés, sont relativement rares.

La recodification de la partie législative du Code du travail, a été adoptée par une ordonnance le 12 mars 2007. Cette ordonnance fixe sa date d'entrée en vigueur à compter de la recodification de la partie réglementaire du Code, ou au plus tard au 1er mars 2008. Sauf « accident » cette partie législative devrait donc être bientôt applicable, avec son indispensable complément réglementaire. Mais un « accident » est toujours possible : un recours contre cette ordonnance est actuellement pendant devant le Conseil d'État, sur le fondement d'une violation par l'ordonnance des obligations qui lui avait été faite par la loi d'habilitation. Or, certaines modifications glissées au sein de la recodification pourraient bien dépasser cette mission. Citons l'extension de la procédure de requalification du contrat de travail à durée déterminé (v. n° 250) ou la modification de la finalité et des effets de l'essai (v. n° 200 et s.).

Il demeure que l'ordonnance de recodification est l'avenir probable, et donc elle ne peut être ignorée. Dans la nouvelle numérotation, le premier chiffre numérote les parties, le deuxième les livres, le troisième les titres et le quatrième les chapitres. Il existe encore des sections, sous-sections, paragraphes et sous-paragraphes.

Ces subdivisions là ne sont pas numérotées. La taille des nouveaux numéros d'articles n'atteindra donc que péniblement celle des numéros de téléphone, soit huit chiffres (en comptant la numérotation interne des articles et la future numérotation intercalaire des nombreuses réformes en cours et à venir).

La numérotation du Code du travail actuel, seule en vigueur, a été préservée dans la présente édition. Mais la numérotation issue de l'ordonnance de recodification a été placée à sa suite, au risque d'alourdir le texte, par anticipation sur l'avenir probable (l'abréviation recod. signifiant alors « issu de l'ordonnance de recodification de la partie législative du Code du travail »).

Cette recodification a donné lieu à quelques menues polémiques. Ses multiples bévues et maladresses peuvent faire sourire (v. E. Dockès, « La décodification du droit du travail », *Dr. soc.* 2007. 388-392). Mais d'autres lecteurs, favorablement inspirés par la formidable autorité des auteurs de cette recodification (de laquelle ils sont d'autant

Black plaque (63,1)

plus conscient qu'ils font eux-mêmes partie de ces auteurs) ont su défendre ce qui leur apparaît comme une œuvre belle et utile (v. C. Radé : « Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière », *Dr. soc.* 2007. 513-516).

La recodification en cours fixe un peu plus que de coutume l'œil sur les sources étatiques légiférées. Elle ne saurait pour autant masquer la régression constante de la force de la loi, depuis une vingtaine d'années, ni l'essor d'une source devenue concurrente : la convention collective.

§ 4 Les conventions collectives

52 En toute rigueur juridique les « conventions collectives » et les « accords collectifs » sont des actes distincts. Les « conventions » sont des textes qui traitent de l'ensemble des questions relatives aux rapports de travail (salaire, temps de travail, représentation du personnel, congés, etc.) alors que les « accords » sont des textes spécialisés sur un ou quelques points précis. Dans une « convention » collective on trouve un peu de tout. Dans un « accord » on trouve des dispositions sur les salaires ou bien sur le temps de travail...

En pratique toutefois le régime juridique des « accords » collectifs et des « conventions » collectives *est très exactement le même*. Il n'est pas une règle du Code du travail qui ait un effet différent selon qu'elle se trouve face à une convention ou face à un accord. Les définitions sont distinctes, mais les effets sont confondus : les termes sont donc *juridiquement* parfaitement synonymes. Partout, inlassablement, le Code du travail répète « une convention ou un accord collectif ». Pareille lourdeur, dépourvue de portée juridique, doit absolument être évitée. Par la suite, et partout dans ce livre, les termes « accord collectif » et « convention collective » seront tenus pour ce qu'ils sont juridiquement : des synonymes.

53 Les conventions collectives sont conclues comme des contrats. Elles naissent d'un accord de volonté, entre une partie qui représente les intérêts des salariés et une partie patronale. La partie salariale est toujours un ou plusieurs syndicats représentatifs. La partie patronale est plus souple : elle peut être un unique employeur, plusieurs employeurs, un groupement d'employeurs, plusieurs de ces groupements...

Une fois conclue dans les formes et une fois sa publicité réalisée (la convention collective est acte assez formel), la convention s'applique à l'ensemble des salariés des employeurs signataires ou des employeurs qui ont adhéré à une association patronale signataire. L'idée est que les conventions collectives prévoient en principe surtout des obligations pour les employeurs. Dès lors, elles ne sont en principe applicables qu'aux employeurs qui les ont signées soit directement eux-mêmes, soit par l'intermédiaire de leurs associations, lesquelles sont considérées comme ayant mandat pour signer des conventions collectives au nom de leurs membres.

Le champ d'application d'une convention dépend ainsi de la partie patronale de la convention. Il existe donc des conventions de champ d'application très divers. Si la convention n'a été signée que par un employeur, elle s'applique à tous les salariés de cet employeur et à eux seuls. On parle alors de « convention d'entreprise ». Si la convention a été signée par des associations d'employeurs regroupant les employeurs ayant une activité professionnelle donnée, comme la boulangerie ou la métallurgie par exemple, et si la convention n'est destinée qu'aux employeurs de cette profession, on parle de « convention de branche ». Une convention peut encore

Black plaque (64,1)

être limitée à un département, à une région, ou à toute autre circonscription qu'il plaira aux parties d'adopter. Elle peut aussi être nationale et interprofessionnelle : elle touche alors des employeurs de toutes professions, sur tout le territoire français.

Sous certaines conditions, une convention collective de branche peut être « étendue ». L'extension est un arrêté du ministère du Travail. Une fois qu'une convention collective a été « étendue », elle ne s'applique plus seulement aux employeurs qui l'ont signée et à ceux qui sont membres d'une organisation signataire : tous les employeurs de la branche et du secteur géographique concerné sont tenus d'y obéir. Ainsi, le champ d'application d'une convention collective nationale interprofessionnelle étendue peut être en tout point similaire à celui d'une loi.

Conclue comme un contrat, la convention collective a un effet réglementaire : elle s'impose au-delà du cercle des parties contractantes. Ceci est évident s'agissant des conventions collectives étendues, lesquelles s'appliquent aux employeurs qui ne sont ni signataires ni représentés, par ordre d'un acte administratif, l'extension. Mais, si l'on regarde de plus prêt, on s'aperçoit que toute convention collective a un effet réglementaire. Une convention collective s'applique au minimum à l'ensemble des salariés d'une entreprise. Or les salariés ne sont pas parties à la convention collective : ils ne sont pas forcément membres des syndicats de salariés signataires et, même s'ils sont syndiqués, les syndicats ne sont nullement les mandataires de leurs membres. Tiers à la convention collective, les salariés n'en sont pas moins régis par elle. La convention collective est donc une sorte de contrat dépourvu d'effet relatif. Plus exactement, elle est un acte conclu comme un contrat mais dont les effets sont réglementaires.

Pour cette raison, les conventions collectives ne sont pas des contrats au sens du droit commun des obligations. Elles ne relèvent pas de l'article 1134 du Code civil, mais sont régies par des lois spéciales. Le Code du travail leur consacre l'ensemble du titre III de son Livre Ier (Livre II de la 2e partie recod.).

Il suffit de dire ici que les conventions collectives ont une importance cruciale en droit du travail. Lorsqu'un conflit juridique est soulevé en droit du travail, la première question qui est posée en pratique est celle de la convention collective applicable. Lorsqu'une convention est applicable, c'est d'elle que dépendra souvent la solution du litige. Et aujourd'hui, en France, plus de 90 % des salariés sont dans le champ d'application d'au moins une convention collective.

Cette importance ne fait au demeurant que s'accroître, les protections légales étant, de plus en plus, susceptibles d'être détruites par la voie de la négociation collective.

En dehors du droit du travail, il existe d'autres matières où la négociation est trop déséquilibrée au niveau individuel pour avoir lieu. Mettre en place de véritables négociations collectives dans ces domaines, en droit des baux d'habitation, en droit des assurances ou en droit bancaire par exemple, est une idée dont on peut penser qu'elle pourrait avoir un bel avenir.

§ 5 Les usages de la profession

■ 54

L'usage, est une source traditionnelle du droit. Il s'agit d'une pratique, générale, pouvant se prévaloir d'une certaine ancienneté. Il s'agit en quelque sorte d'une sous-coutume. Une généralité limitée à une localité, ou à une profession ou à un bassin d'emploi, peut suffire. Et surtout il n'est pas question, comme pour la coutume, de

Black plaque (65,1)

temps immémoriaux. Le rôle de ces usages est aujourd'hui très limité. On cite ici, le jour de la Sainte Barbe chômé dans les mines. On rappelle là qu'il est d'usage que 2 heures quotidiennes soit accordées, pour favoriser la recherche d'emploi, en cours de préavis de licenciement ou de démission. Le législateur y renvoie parfois, le plus souvent à titre subsidiaire. Il y est ainsi fait référence aux usages, par exemple, pour fixer la durée du préavis de démission (art. L. 122-5 C. trav. ; L. 1237-1 recod.) ou pour fixer la durée du préavis de licenciement des salariés qui ont moins de 6 mois d'ancienneté (L. 122-6 C. trav. ; L. 1234-1 recod.).

On parle en droit du travail « d'usage de la profession », pour bien distinguer cette source du droit du travail des « usages d'entreprises » qui sont eux très répandus, mais, qui contrairement à ce que leur nom pourrait laisser penser, sont des normes issues de la volonté unilatérale d'un l'employeur.

§ 6 Les normes de source patronale

L'employeur est doté d'un pouvoir juridique. Ce pouvoir s'exprime dans sa capacité à donner des ordres aux salariés, lesquels sont dotés d'une force juridique. Ce qu'atteste la jurisprudence qui qualifie de faute, voire de faute grave, les manquements du salarié aux commandements de l'employeur, dès lors que ces commandements n'excèdent pas la mesure de son pouvoir juridique.

Ce pouvoir de commandement peut être exercé au coup par coup, par décisions individuelles. Il peut aussi être exercé de manière plus générale, en touchant un ensemble de salariés pour une durée indéterminée. L'employeur créé alors de véritables règles de droit, générales, abstraites et permanentes.

Ce pouvoir réglementaire de l'employeur, qui va de pair avec son pouvoir de commandement, a été reconnu progressivement par le droit. Le plus inquiétant des pouvoirs de l'employeur est sa capacité à créer unilatéralement des *obligations* à la charge des salariés. Seul cet aspect a, dans un premier temps, été envisagé et réglementé par le législateur, au travers du règlement intérieur d'entreprise. Ce règlement est régi par les articles L. 122-33 et suivants du Code du travail (L. 1311-2 et s. recod.) (v. n°s 130 et s.). Plus tard, un cadre juridique a été trouvé pour intégrer les actes par lesquels l'employeur crée au profit de ses salariés des *droits* nouveaux. La catégorie de l'engagement unilatéral de l'employeur a alors pris toute son importance.

Les pratiques d'entreprise, dès lors qu'elles ont une certaine constance, une certaine généralité et qu'elles ont fait naître des attentes légitimes dans l'esprit des salariés, sont qualifiées d'« usages d'entreprise » et sont assimilées à ces engagements unilatéraux. Ces différentes sources seront étudiées en détail ultérieurement (v. n°s 138 et s.). Il suffit pour l'instant de noter que ces normes issues de la volonté unilatérale déclarée de l'employeur ou issues des pratiques que l'employeur a eues ou a laissé avoir ont une très grande importance pratique dans les entreprises.

Ce pouvoir unilatéral de l'employeur de créer des normes dans l'entreprise a logiquement conduit la jurisprudence à reconnaître que les organisations patronales pouvaient unilatéralement imposer des obligations nouvelles à leurs membres, en leur qualité de mandataire. Les recommandations patronales, qui sont souvent des avantages minimaux accordés après l'échec d'une négociation collective, ont ainsi été dotées d'une force obligatoire analogue à celle des engagements unilatéraux de l'employeur.

Black plaque (66,1)

§ 7 Le contrat individuel de travail

■ 56 Le contrat individuel de travail est à la fois la source du pouvoir de direction de l'employeur, le lien qui assure l'emploi, le déclencheur de l'application du droit du travail et un support pour toute une série de normes applicables au salarié. L'importance de ce dernier aspect, longtemps sous-estimée, est aujourd'hui pleinement reconnue. La figure du contrat individuel de travail a déjà été rencontrée précédemment. Son rôle comme source du droit du travail sera surtout évoqué au sein du chapitre 4 (v. n°s 82 et s.).

section 2

Déclin de la force obligatoire des règles du droit du travail

■ 57 Les rapports qu'entretiennent les différentes sources du droit du travail ont connu, depuis une quinzaine d'années, des bouleversements profonds.

La question du conflit entre sources du droit exprime le résultat d'un rapport de force. En cas d'opposition entre le droit européen et le droit constitutionnel, qui l'emporte ? Cette question est une question de rapport de force : du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice de l'Union, quel est l'organe qui l'emporte ? Comprendre la traduction en termes de rapport de force du conflit entre sources permet de dévoiler bien des mystères. On ne s'étonnera plus, par exemple, de voir que le Conseil constitutionnel français continue à affirmer la supériorité de principe de la Constitution, c'est-à-dire de lui-même. Alors que la Cour de justice affirme sans ambages que le droit européen, à savoir elle-même, doit l'emporter. Lorsque chacun affirme sa supériorité, le conflit est à vif, il est sans véritable solution. Dans l'ordre interne, les conflits ne sont pas moins intenses. Simplement, ces conflits entre pouvoirs juridiques sont généralement tranchés par des règles de droit spécifiques, *grosso modo* admises de part et d'autre. C'est au demeurant ce qui permet au système juridique de fonctionner.

Les règles du droit du travail ont des auteurs variés. Et l'affrontement de ces auteurs au travers des règles qu'ils édictent est particulièrement rude. La manière dont sont résolus ces conflits de normes est significative de l'état du rapport de force existant à un instant donné. Lorsque la loi cède à la convention collective, on constate un affaiblissement du Parlement et un essor du pouvoir des négociateurs collectifs. Lorsqu'une convention collective d'entreprise peut détruire une convention de branche, un employeur, avec le consentement du délégué syndical de l'entreprise, se découvre plus puissant que les organisations signataires au niveau de la branche. Que les normes issues de la volonté unilatérale de l'employeur l'emportent et les pouvoirs de l'employeur sont sans limites. Les enjeux sont donc considérables.

■ 58 Pour mieux le comprendre, projetons-nous dans un futur imaginaire.

Imaginons qu'un gouvernement désire détruire l'ensemble des protections que la loi et les conventions collectives apportent aux salariés. Comment faire ? Une

Black plaque (67,1)

possibilité serait d'adopter une loi qui abroge d'un coup le Code du travail et les conventions collectives. Mais on imagine sans peine le tumulte qu'une loi aussi impopulaire susciterait.

D'autres voies, plus indirectes seraient donc vite envisagées. Le législateur pourrait commencer par rappeler que chaque situation concrète est différente (ce qui est vrai). Il ajouterait que le droit ne doit pas interdire aux particularités individuelles d'être prises en compte (ce qui est effectivement souhaitable). Il lui suffirait alors de conclure qu'en cas de conflit entre le contrat individuel de travail et un texte plus général, plus abstrait, c'est le contrat individuel qui doit l'emporter, parce que c'est lui qui est au plus prêt des réalités concrètes. Voilà qui semble *a priori* assez convaincant. Certaines résistances apparaîtront, bien sûr. Mais celles-ci seront de bien moins grande ampleur que si c'était à une abrogation du droit du travail que l'on avait assisté.

Or, affirmer une telle prééminence du contrat individuel revient, en pratique, à une telle abrogation. Le droit du travail est pour l'essentiel un ensemble de protections au bénéfice des salariés. Ceux-ci sont protégés parce qu'ils sont généralement en position de faiblesse par rapport à leur employeur. En pratique, l'employeur rédige seul le contrat écrit, lorsqu'il y en a un. Et, en dehors de quelques cadres de haut niveau, il est bien rare que le salarié puisse en négocier les clauses. Lorsque les parties sont inégales, le contenu des contrats reflète cette inégalité.

Laisser la pleine liberté aux parties d'écarter les règles du droit du travail revient donc, en pratique, à laisser à l'employeur la faculté de s'affranchir de ces règles. Il lui suffira de prévoir une clause par laquelle il est dit qu'en échange de tel ou tel avantage, le salarié renonce à se prévaloir du Code du travail et des conventions collectives. Et le tour est joué.

On objectera que tous les salariés ne signeraient pas une telle clause. Et en effet, peut-être, seuls les plus faibles y seraient contraints. Mais ces salariés les plus faibles sont justement ceux qui ont le plus besoin de protection, ceux pour lesquels le droit du travail est fait. Admettre la renonciation par contrat aux avantages légaux et conventionnels, c'est priver de protection ceux qui en ont besoin. C'est détruire les effets protecteurs du droit du travail.

Cette destruction ne serait guère moins efficace qu'une abrogation pure et simple. Mais elle serait beaucoup plus facile à faire passer.

Nous n'en sommes pas là. Mais le droit du travail évolue constamment, depuis une vingtaine d'années, dans cette direction.

Aujourd'hui, les lois et conventions collectives demeurent d'ordre public, elles s'imposent aux salariés comme aux employeurs. Et il est interdit d'y déroger par contrat. Le droit du travail est en principe d'ordre public, ce que le Conseil d'État a affirmé avec force dans un avis du 22 mars 1973 (*Dr. soc.* 1973. 514). Un contrat individuel peut toutefois prévoir des avantages supérieurs aux minima légaux ou conventionnels. L'adaptation à la situation concrète, particulière est donc possible. Mais seulement en tant que cette adaptation se fait par le haut. On dit que la règle la plus favorable s'applique et l'on parle de « principe de faveur » ou d'ordre public « social ». Cette règle de l'application de la norme la plus favorable est reconnue par la Cour de cassation comme étant « un principe fondamental du droit du travail » (v. Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106 ; Soc. 17 juillet 1996*), ce qui en souligne l'importance. Mais la force de ce principe est déclinante.

Black plaque (68,1)

Le Conseil constitutionnel refuse de lui reconnaître valeur supra-législative (Cons. const. 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC, *Grands arrêts*, n° 175 et Cons. const. 29 avril 2004, n° 2004-494 DC). Et, de fait, le principe de faveur subit régulièrement de nouvelles exceptions, de nouvelles atteintes de la part du législateur.

■ 60 Cette évolution a eu des effets dévastateurs sur le droit du travail. Ce n'est pas de l'abrogation légiférée des avantages que sont venues les principales régressions sociales. Craintif mais persévérant, le législateur s'en est pris à la force obligatoire des règles protectrices. C'est par la modification des règles techniques de l'agencement des sources que des pans entiers de droit du travail ont pu être détruits, en douceur. De telles « douceurs » sont aujourd'hui prodiguées avec de plus en plus d'acharnement.

Le principe de faveur demeure de droit positif. Mais il s'effrite. Et avec lui, c'est le droit du travail qui vacille. Comprendre la teneur actuelle du droit du travail, suppose donc une bonne maîtrise de l'agencement de ses sources.

■ 61 Le principe de faveur signifie que les règles du droit du travail sont impératives en ce sens qu'il est interdit de détruire ou de réduire les protections qu'elles posent. En revanche des améliorations sont toujours possibles. Pour exprimer ce caractère impératif, qui n'interdit que la régression et non l'adjonction de nouveaux avantages, on parle d'« ordre public social ».

Il en découle un principe de solution en cas d'opposition entre règles de droit du travail. Lorsque plusieurs normes, issues de sources distinctes, donnent des solutions différentes sur un même sujet, c'est en principe la norme la plus favorable qui s'applique.

On peut l'expliciter au travers d'un exemple. Un salarié à temps plein travaille 35 heures par semaine. Pour lui, le SMIC, tel que réévalué le 1er juillet 2007, conduit à un salaire mensualisé de 1 280,07 euros brut. On suppose applicable une convention collective qui pose un salaire minimum de 1 350 euros. Et on suppose encore que son contrat individuel de travail prévoit une rémunération de 1 200 euros. Quelle est le montant du salaire dû à ce salarié ? La réponse est très simple. La norme la plus favorable s'applique et le salarié devra donc toucher au minimum 1 350 euros.

Le principe de faveur est présenté comme un principe de solution unique, qui a vocation à s'appliquer quelles que soient les sources en présence. En réalité les conflits ne sont pas exactement résolus de la même manière selon les sources en présence. Les questions sont en effet bien différentes lors d'un conflit entre un contrat et une loi, entre deux conventions collectives ou entre un traité et une loi, etc. De plus, le principe de faveur connaît aujourd'hui de nombreuses exceptions et celles-ci diffèrent selon les sources en conflit.

L'agencement des différentes sources du droit du travail doit donc s'étudier en distinguant selon les normes qui s'opposent.

§ 1 La place des traités et du droit européen

■ 62 En droit du travail, la question de l'effet direct des traités est résolue par l'affirmative depuis longtemps. La Cour de cassation a déjà appliqué directement à de nombreuses reprises des conventions de l'OIT (v. not. Soc. 6 juin 1973, *Bull. civ.* V, n° 371 ; Soc. 4 février 1987, *Bull. civ.* V, n° 66 ; Soc. 26 novembre 2002, *Bull. civ.* V,

Black plaque (69,1)

n° 355), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Soc. 14 janvier 1999, *Bull. civ*. V, n° 24) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Soc. 6 juillet 2005, *Bull. civ.* V, n° 236). La Cour de cassation s'est de plus soumise à l'occasion au droit européen dérivé et en particulier à la jurisprudence de la Cour de justice européenne. L'effet direct des traités n'est au demeurant plus guère discutable, depuis que les chambres civiles ont abandonné leurs subtiles distinctions entre traités suffisamment clairs et traités qui ne le sont pas (Civ. 1re, 18 mai 2005, deux arrêts, *Bull. civ.* I, n° 211).

L'application des traités ne signifie pas, bien entendu, que le droit français soit dans l'impossibilité d'améliorer les droits des salariés par rapport au droit mondial ou européen.

Les traités prévoient en principe des minima de protection. Et un minimum ne s'oppose pas, comme son nom l'indique à une amélioration. Le droit européen reprend cette solution de manière particulièrement claire, lorsqu'il affirme que les directives du droit du travail « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité » (art. 137.4 du traité CE). Il y a là une première application, minimale, du principe de faveur. Ce principe n'est pas ici à proprement parler une règle juridique de résolution des conflits. Il affirme plutôt le sens qu'ont, en principe, les règles du droit du travail : celles-ci posent des protections minimales. Elles n'interdisent donc pas les protections supplémentaires.

63

Les difficultés apparaissent en présence d'une véritable contradiction, d'un véritable conflit. C'est le cas lorsque la règle d'un traité ou d'une directive n'est pas un minimum de protection mais une norme catégorique, à laquelle il n'est pas question de déroger, même en plus favorable. Il en va ainsi, par exemple, de l'égalité homme-femme. Il ne s'agit pas d'un minimum. Les femmes ne sont pas égales « au minimum », elles sont égales, un point c'est tout. Hors les différenciations directement liées à la condition physique de la femme et plus particulièrement à la maternité et hors les discriminations positives, aucune distinction ne saurait être faite entre les sexes. Tel est le sens accordé par la Cour de justice à la directive européenne du 9 février 1976 dans son arrêt *Stoeckel*, du 25 juillet 1991 (*Rec. CJCE*, p. I-04047, *Dr. soc.* 1992. 174 note M.-A. Moreau et p. 382 note A. Supiot). Le droit français alors applicable prohibait le travail de nuit des femmes. La Cour de justice condamne cette solution et affirme que le droit français doit, en la matière, être considéré comme non écrit et ne plus être appliqué. Cette solution n'a pas été contestée par la Cour de cassation. En cas de véritable conflit, le droit international l'emporte donc clairement.

La solution a valeur générale. Les traités s'imposent à l'ordre juridique français comme des normes supérieures. En cas de conflit le traité s'impose. Sont ainsi supérieurs au droit français, le droit européen, qu'il soit originel ou dérivé, les traités internationaux et européens sur les droits de l'homme, les conventions de l'OIT, etc.

64

Seule nuance au tableau, les directives européennes. Celles-ci, une fois passé leur délai de transposition, sont obligatoires pour les États membres et plus généralement pour tous les détenteurs de la puissance publique. Ainsi, notamment, elles s'imposent aux juges qui doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour interpréter les dispositions du droit français dans un sens qui le rende compatible avec les directives (CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec. CJCE*, p. I-4135, pt. 8 ; 16 décembre

1993, *Wagner Miret*, C-334/92, *Rec. CJCE,* p. I-6911, pt. 20 ; CJCE 10 mars 2005, C-196/02, pt. 73). Ainsi encore, les particuliers peuvent les invoquer à l'encontre des détenteurs de la puissance publique. Mais les directives non transposées ne s'imposent pas directement aux particuliers. Un particulier ne pourra pas les invoquer contre un autre particulier (on dit qu'elles n'ont pas « d'effet direct horizontal »). Ainsi, les juges ne peuvent ordonner l'application du texte d'une directive non transposée à l'encontre d'un particulier, dès lors que l'application de cette directive ne peut pas être réalisée par voie d'interprétation du droit français (v. CJCE 14 juillet 1994, *Faccini Dori**, qui récapitule bien l'ensemble de ces règles). Cette limite de l'effet direct des directives produit des conséquences en droit du travail. La question de l'application de la directive du 14 octobre 1991 en est un exemple (v. n°s 196-197).

■ 65

La question est nettement plus difficile lorsque l'affrontement oppose deux traités entre eux. Un tel affrontement a opposé droit européen et droit à vocation mondiale, à propos du travail de nuit des femmes. Lorsque l'arrêt *Stoeckel* susvisé a été rendu, ce n'était que sur le conflit entre droit français et droit européen. On s'est alors rappelé que la France était aussi tenue par une convention de l'OIT de 1948, la convention C. 89, laquelle interdisait le travail de nuit des femmes. La question s'est donc posée de savoir qui devait l'emporter : le droit de l'OIT ou le droit européen ?

La Cour de justice européenne, enfin saisie de la question, a répondu dans un arrêt *Levy* du 2 août 1993*. Selon elle, les conventions internationales peuvent l'emporter sur le droit européen, mais seulement si elles sont antérieures à l'entrée en vigueur du traité de Rome de 1957. Cette solution a depuis été confirmée (CJCE 3 février 1994, *Minne*, *Rec. CJCE*, p. I-371, pt. 19). Lorsqu'ils sont dans une telle contradiction, les États membres de l'Union ont cependant l'obligation de la lever au plus vite, en dénonçant dès que possible la convention internationale contraire au droit européen (CJCE 4 juillet 2000, *Commission* c. *Portugal*, C-84/98, *Rec. CJCE*, p. I-5215, pt. 53). Dans sa grande mansuétude, la Cour de justice précise simplement que l'État membre n'est tenu de dénoncer l'accord qu'à partir du moment où il apparaît clairement que le droit européen s'oppose à lui (CJCE 1er février 2005, *Commission* c. *Autriche*, C-203/03).

Ainsi seuls les traités antérieurs au traité de Rome de 1957 peuvent exercer quelque résistance au droit européen. Encore doivent-ils être dénoncés par les États membres dès qu'une disposition de droit européen vient les contredire. Le droit européen, par la voie de sa Cour de justice, affirme ainsi très clairement sa supériorité.

Est-ce à dire que le droit européen *est* en vérité supérieur ? Rien n'interdit à l'OIT de condamner un État, qui, au nom de ses obligations européennes, violerait une de ses conventions internationales... Le conflit entre niveau mondial et niveau européen serait alors à son comble. Simplement, une telle condamnation de l'OIT ne peut être que symbolique, l'OIT étant dépourvue de véritables moyens de sanctions. La CJCE a pour sa part de véritables pouvoirs coercitifs. Et, surtout, il est plus facile de dénoncer un traité de l'OIT que de sortir de l'Union européenne. Le rapport de force est donc très clair. Et en cas de problème, les États se soumettront logiquement au niveau dont la menace est la plus forte, à savoir au niveau européen.

C'est en ce sens que l'on peut dire qu'en pratique, le droit européen est supérieur au droit à vocation mondiale. Il ne s'agit sans doute que d'un rapport de force favorable. Mais toute solution à un conflit de normes est sans doute d'abord l'expression d'un tel rapport de force... Au demeurant le dénouement de l'affaire du travail de nuit des femmes a démontré cette supériorité du niveau européen. La

Black plaque (71,1)

France a dénoncé le 26 février 1992 la convention de l'OIT de 1948 et la loi du 9 mai 2001 a corrigé l'ancien article L. 213-1 (L. 3122-32 recod.) du Code du travail pour que désormais le travail de nuit des femmes et celui des hommes soient régis par les mêmes règles. Le conflit entre la convention de l'OIT n° 96 de 1949 et le droit européen au sujet des intermédiaires en recrutement suit actuellement le même processus (v., nos 187 à 192).

§ 2 Le conflit entre deux conventions collectives

66 Il est assez fréquent que deux conventions collectives soient simultanément applicables à une même entreprise. Tel est notamment le cas lorsqu'une convention de branche est applicable à un employeur qui a, de surcroît, conclu une convention d'entreprise.

Les conventions collectives sont incontestablement l'une des sources du droit du travail les plus importantes, en pratique, pour les salariés. La question de leur force obligatoire et de la résolution des conflits qui les opposent a fait l'objet d'importantes réformes, légales et jurisprudentielles, ces dernières années. La question du conflit entre deux conventions collectives en est sortie profondément bouleversée.

La dernière en date des grandes réformes sur la question est la loi du 4 mai 2004. Cette loi pose en principe la supériorité hiérarchique des conventions collectives dont le champ d'application est le plus petit, sur les conventions collectives dont le champ d'application est le plus grand (A). Il arrive cependant que, par exception, les différentes conventions collectives applicables soient considérées comme de force égale. Alors seulement le principe est que la règle la plus favorable s'applique (B).

A. Le principe de hiérarchie inversée

67 En cas de conflit, la convention d'entreprise l'emporte sur la convention de branche, même si elle est moins favorable (art. L. 132-23 C. trav. ; L 2253-3 al. 2 recod.). Une convention de branche l'emporte sur une convention interprofessionnelle et une convention départementale l'emporte sur une convention nationale (art. L. 132-13 ; L. 2252-1 recod., C. trav.). Les négociateurs au niveau le plus petit ont donc toute liberté pour détruire, même sans contrepartie, les avantages prévus par les conventions collectives de plus grande ampleur. Ce principe peut être dit « principe de hiérarchie inversée », puisqu'il est aux antipodes de la hiérarchie habituelle des sources du droit, qui accorde la supériorité aux sources dont le champ d'application est le plus vaste.

Le principe de hiérarchie inversée, applicable aux conflits entre conventions collectives, s'explique. Plus la négociation a lieu à un niveau général, élevé et plus la négociation est équilibrée. Au niveau des branches et plus encore au niveau national, les négociateurs syndicaux ont une grande expérience de la négociation collective et ils sont difficilement impressionnés par les éventuelles menaces des organisations d'employeurs. Au niveau des entreprises, en revanche, les négociateurs syndicaux sont nettement moins expérimentés. Ils sont surtout directement soumis aux pressions de l'employeur. Exciper d'un projet de licenciement ou mieux encore de délocalisation menace directement le délégué syndical et ses proches collègues de travail. Dans de telles conditions, il peut être relativement facile d'obtenir l'abandon de protections importantes. La négociation d'entreprise est plus fragile que la

Black plaque (72,1)

négociation de branche, et la négociation de branche est plus fragile que la négociation interprofessionnelle. Le législateur en donnant la priorité au niveau de négociation le plus petit, donne aussi priorité au niveau auquel le pouvoir de négociation de l'employeur est le plus fort. Ce qui permet d'œuvrer dans le sens d'une réduction des avantages sociaux, laquelle est jugée nécessaire au développement économique (pour une critique de cette analyse économique simpliste, v. n°s 4 à 6).

■ 68 Le principe de supériorité du niveau le plus petit de la négociation souffre encore, heureusement, de trois importantes exceptions :

– il est interdit aux conventions d'entreprises de détruire les avantages que les conventions de branche prévoient en matière de salaire minimum, de classification, de protection sociale complémentaire ou de mutualisation des fonds destinés à la formation professionnelle (art. L. 132-23 ; L. 2253-3 al. 1er recod., C. trav.) ;

– les négociateurs au niveau de la branche ou au niveau interprofessionnel peuvent stipuler expressément que les avantages qu'ils prévoient s'imposent aux conventions collectives de champ d'application plus réduit. Cette stipulation est pleinement efficace (art. L. 132-13 C. trav. ; L. 2252-1 recod.). Si les négociateurs patronaux au niveau de la branche l'acceptent, la convention de branche continuera donc d'être impérative pour les négociateurs au niveau de l'entreprise ;

– surtout, la loi du 4 mai 2004 a réservé le cas des conventions collectives conclues avant son entrée en vigueur (art. 45 de la loi). Ces conventions collectives demeurent donc impératives et les accords de niveau inférieur ne pourront y déroger qu'en plus favorable. Cette dernière réserve assure une longue survie au principe de faveur, qui était l'ancien principe de solution. Ce n'est qu'au fur et à mesure du remplacement des conventions de branche que la nouvelle hiérarchie inversée deviendra applicable. Or ce renouvellement est lent, la pratique étant plus de modifier par avenant les conventions de branche, plutôt que de les remplacer en bloc (il n'est pas rare de trouver des conventions collectives de branche des années 1950, toujours applicables). De plus, même lorsqu'un tel renouvellement en bloc a lieu, les négociateurs ont toujours la faculté d'affirmer le caractère impératif de leur texte.

Cumulées, les exceptions à la loi du 4 mai 2004 sont donc considérables. L'agencement traditionnel des conventions collectives, basé sur le principe de faveur, conserve ainsi un champ d'application très important. En pratique et pour encore de nombreuses années, les solutions traditionnelles, antérieures à la loi du 4 mai 2004, resteront applicables dans la très grande majorité des cas. Ces solutions juridiques ne peuvent donc pas être ignorées.

B. L'application résiduelle du principe de faveur

■ 69 Lorsque l'on est dans le champ de l'une des exceptions au principe de hiérarchie renversée, la difficulté que crée l'existence de deux conventions collectives simultanément applicable à une même entreprise se résout par la méthode dite de « l'application combinée » (1). Cette méthode a connu une évolution marquante avec l'arrêt *Géophysique* du 19 février 1997 (2).

1. *L'application combinée*

■ 70 Cette méthode est assez bien résumée par l'attendu de principe de l'arrêt *Ambelouis*, de l'Assemblée plénière, du 18 mars 1988 (*Bull. Ass. plén.*, n° 3 ; *Grands arrêts*, n° 173) : « en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou

Black plaque (73,1)

la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ». L'idée est simple. Une convention collective prévoit un salaire minimum de 1 400 euros mensuels. Une autre convention collective prévoit pour le même emploi un salaire minimum de 1 500 euros. C'est la disposition la plus favorable qui sera appliquée et non, bien sûr, la somme des deux dispositions : le salaire minimum n'est bien évidemment pas de 2 900 euros. Ces deux avantages ont la même finalité : assurer une rémunération suffisante en contrepartie au travail. Ils ne se cumulent pas. Seul le plus favorable, 1 500 euros, s'appliquera. En revanche, si une convention collective prévoit une sixième semaine de congés payés et l'autre prévoit une prime de salissure de 100 euros par mois, ces deux avantages de finalités totalement différentes peuvent se cumuler. Et le salarié bénéficiera de la sixième semaine de congés payés en plus de la prime de 100 euros.

Ce raisonnement se fait en deux temps.

Dans un premier temps chacune des deux conventions collectives en présence est découpée en tranche. Chaque tranche rassemble l'ensemble des avantages conventionnels ayant dit la Cour, « le même objet ou la même cause ». En réalité ce sont les dispositions qui ont une même finalité, une même cause qui sont regroupées, l'objet au sens juridique du terme important peu. Ainsi, des primes de vacances et de 13e mois doivent être cumulées (Soc. 26 octobre 1982, *Jur. Soc. UIMM* n° 83-438 p. 79). Les objets de ces primes ne sont pourtant pas distincts. Il s'agit de deux obligations de verser des sommes d'argent. En revanche leur cause, leur finalité est bien distincte : une prime est destinée à améliorer les vacances des salariés, l'autre n'a pas cette finalité particulière, elle n'a pour but que de rémunérer le travail effectué.

Les indemnités de licenciement, dont la finalité est de réparer le préjudice de la rupture, sont ainsi regroupées en un seul bloc. Elles seront en revanche séparées des clauses sur le préavis de licenciement qui retardent la rupture et ont pour finalité de prévenir et de réduire le préjudice subi par le salarié. L'indemnité de licenciement plus favorable d'une convention collective pourra ainsi être cumulée avec la durée de préavis plus longue d'une autre convention collective (Soc. 23 octobre 1985, *Bull. civ.* V, n° 488). La rémunération des heures de nuit est la cause de ses différents éléments de calcul : le taux horaire d'une convention et la majoration des heures de nuit d'une autre convention font donc partie du même bloc. Elles ne se cumulent pas (Soc. 25 octobre 2006, pourvoi n° 04-20413). Toutes les dispositions qui ont pour finalité d'assurer une période de congés annuels payés seront rassemblées dans un autre bloc, etc.

Dans un second temps, on compare deux à deux les tranches de conventions collectives ayant la même finalité, pour conserver celles qui sont les plus favorables. La question n'est pas toujours facile : certains salariés peuvent avoir intérêt à conserver telle clause et d'autres salariés préférer une autre clause. Plutôt que de laisser chacun choisir selon ses intérêts et dans un but de simplification, la Cour de cassation a décidé que, des deux blocs à comparer, un seul devait s'appliquer pour tous les salariés. Par conséquent, la comparaison doit se faire eu égard à l'ensemble des intéressés (en ce sens, v. Ass. plén. 18 mars 1988, *préc.*). Pour savoir ce qui est plus favorable d'une prime d'assiduité importante, mais qui disparaît totalement à la première absence, ou d'une prime d'assiduité moins importante, mais dont la disparition est progressive, il sera nécessaire de regarder quel est le nombre d'absence, en moyenne des salariés. Si dans leur quasi-totalité des salariés ne sont jamais absent, la prime la plus élevée l'emportera. Si les absences d'une journée ou d'une

Black plaque (74,1)

demi-journée sont fréquentes, ce pourra être la seconde. Quoi qu'il en soit, l'entreprise n'aura à appliquer qu'une des deux primes, même si cela défavorise tel ou tel salarié, dont le comportement est minoritaire.

■ 72 Le découpage des tranches est la partie la plus importante. Plus les tranches sont grosses, moins il y a de cumuls possibles. À la limite, si une convention collective n'est qu'une seule tranche indivisible, soit elle s'applique et elle seule, soit elle ne s'applique pas du tout. Un découpage très fin, au contraire, permet de bénéficier de l'essentiel des avantages de l'une, tout en conservant les avantages de l'autre.

Or, cette question du découpage est souvent délicate. Ainsi, par exemple, dans une espèce soumise à la Cour de cassation le 18 janvier 2000 (*Bull. civ.* V, n° 27), la convention de la sidérurgie prévoyait une majoration pour les heures de travail de nuit de 25 %. La convention de la métallurgie de la Somme, elle aussi applicable, prévoyait une majoration de seulement 15 % pour les heures de nuit. Mais elle prévoyait aussi une majoration de 10 %, dite « prime d'incommodité », pour les horaires de jours des salariés qui travaillent alternativement le matin ou l'après midi. Les salariés, qui travaillaient selon le système des 3x8 réclamaient une application distributive, soit 25 % de suppléments pour semaine de nuit, et 10 % pour les semaines de jour. La Cour de cassation refusa cette application cumulée. Pour elle, les différentes dispositions avaient toutes une même finalité, compenser les incommodités dues aux horaires de travail. Elles ne pouvaient donc se cumuler (en l'espèce c'est la prime de 25 % qui a été jugée globalement plus favorable). On aurait tout aussi bien pu dire que compenser le préjudice dû au travail de nuit est une finalité, et que compenser le préjudice dû aux variations du travail de jour est une autre finalité. Pour en déduire que les primes devaient se cumuler...

Une part d'incertitude demeure ainsi, l'appréciation de l'identité de finalité étant souvent difficile. Seul est clair le raisonnement. Il faut rechercher la finalité des clauses de la convention collective (dans quel but ont-elles été stipulées ?), rassembler les clauses qui se complètent autour d'une même finalité, puis comparer le bloc ainsi constitué avec la ou les dispositions de la seconde convention collective ayant la même finalité. Il faut enfin appliquer le bloc qui est le plus favorable pour l'ensemble des intéressés.

Sans la remettre en cause, un arrêt de 1997 a amendé et fragilisé cette méthode.

2. *La jurisprudence* Géophysique

■ 73 L'arrêt *Géophysique* du 19 février 1997 (*Dr. soc.* 1997. 432 ; *Bull. civ.* V, n° 70) a inauguré une jurisprudence nouvelle (v. not. dans le même sens, Soc. 3 mars 1999, *Dr. soc.* 1999. 1101). L'innovation apportée par rapport à ce qui vient d'être décrit touche simplement à la manière de découper les tranches à comparer. Mais, l'essentiel étant dans ce découpage, la modification est d'importance.

Selon l'arrêt *Géophysique*, lorsqu'une convention collective dit expressément que telle clause est la contrepartie de telle autre clause, ces deux clauses sont indivisibles. Elles forment un seul bloc dans la comparaison qui doit être menée.

Cet épaississement possible de la tranche de convention collective à comparer crée des difficultés. La première est dans l'appréciation du bloc le plus favorable. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Géophysique* une convention collective d'entreprise échangeait la réduction d'une prime issue d'une autre convention collective, contre un maintien de l'emploi. Il est clair que pour les salariés, conserver leur emploi est préférable à la conservation d'une prime. Mais les emplois étaient-ils vraiment

Black plaque (75,1)

menacés ? La conservation de la prime aurait-elle véritablement provoqué des licenciements ? C'est à ces questions bien difficiles qu'il faut répondre pour savoir ce qui est réellement le plus favorable. Dans l'arrêt *Géophysique*, la Cour a considéré que l'échange était globalement plus favorable et elle a donc autorisé la réduction de la prime.

Dans d'autres cas, la solution pourra encore être plus difficile. Un accord pourrait fort bien dire qu'il est indivisible, que tout y est contrepartie du reste. Cet accord devra être comparé en un seul bloc aux autres conventions applicables. Et la comparaison devra peser, dans une même balance des avantages disparates, de tous ordres, ce qui peut s'avérer en pratique bien difficile.

La jurisprudence *Géophysique* a surtout ouvert une première brèche dans la force obligatoire des conventions collectives de branche. Elle permet de négocier dans les entreprises l'abandon de telle ou telle disposition de la convention collective de branche, en échange de tel ou tel autre avantage. Les négociateurs au niveau de l'entreprise peuvent ainsi détruire le contenu des conventions de branche, pourvu que globalement, leur accord apparaisse plus favorable.

Cela crée de plus, pour l'employeur, un moyen d'éviter l'application des avantages conventionnels. Il lui suffit d'user d'abord de la menace de supprimer des emplois, puis d'échanger la non-exécution de sa menace contre un abandon des avantages conventionnels.

Mais au moins, sous l'empire de la jurisprudence *Géophysique*, la mise en place d'une contrepartie crédible et suffisante était-elle nécessaire pour qu'une convention d'entreprise détruise les avantages prévus par une convention de branche.

Sous l'empire de la loi du 4 mai 2004, une telle contrepartie n'est même plus exigée.

§ 3 La convention collective et la loi

74

Depuis une vingtaine d'années, en fait, la convention collective gagne et le législateur recule. Les rapports entre la convention collective et la loi n'en demeurent pas moins placés juridiquement sous le signe d'une étroite hiérarchie. S'il le souhaite, le législateur, maître de l'intérêt général et de l'ordre public impose son texte. Et il n'est pas alors question que les négociateurs collectifs, simples personnes privées, puissent y retrancher ne serait-ce qu'une virgule.

Ainsi, lorsqu'une loi ne prévoit pas un minimum mais une règle catégorique, elle ne peut pas être amendée, en aucune manière, par les négociateurs collectifs. Par exemple, la compétence des agents publics n'est pas à la libre disposition des négociateurs collectifs. Une convention collective ne peut pas, dès lors, accorder de nouvelles fonctions aux inspecteurs du travail, même si cet octroi est plus favorable aux salariés (v. not. CE, avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973. 514 ; Soc. 19 déc. 1989, *Bull. civ.* V, n° 719 ; Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 258 ; *adde*, sur la prohibition des clauses d'indexation, Soc. 13 décembre 2006, *Bull. civ*. V, n° 374). On parle alors souvent d'ordre public « absolu » de la loi (v. pour une utilisation exprès de cette qualification à propos des règles sur la participation des salariés, Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 04-20157, à paraître au *Bulletin*).

Ce n'est que lorsque les lois prévoient des minima que la convention collective peut y ajouter quelque chose. Il est parfois dit qu'alors les conventions collectives peuvent déroger en plus favorable à la loi. Mais ce n'est en réalité qu'une maladresse

Black plaque (76,1)

de langage. La convention collective prévoit simplement alors des avantages supplémentaires, lesquels doivent respecter les minima légaux. Ainsi, par exemple, une convention collective peut prévoir un salaire supérieur au SMIC. Mais, verser un salaire supérieur au SMIC, ce n'est pas « déroger » au SMIC. Le SMIC est un minimum. Verser une somme plus importante, c'est le respecter, pleinement. Ce n'est pas y « déroger ».

En demeurant, aucune véritable dérogation, même de détail, même plus favorable, n'est autorisée.

On peut ainsi imaginer une convention collective qui prévoirait un salaire au rendement, globalement nettement plus favorable que le SMIC. Un salarié au rythme de travail médiocre pourrait, on le suppose, toucher disons, une fois et demie le SMIC grâce à ce mode de calcul. Il se pourrait cependant que quelques salariés, très minoritaires, soient particulièrement lents. Payés au rendement, ils n'arrivent pas à atteindre le montant du SMIC.

La solution est alors claire et franchement distincte de celle que l'on connaissait en cas de conflit entre conventions collectives. On applique d'abord la loi et toute la loi. Les quelques salariés les plus lents ont donc droit au paiement du SMIC.

On pourra ensuite, se demander si, en plus, la convention collective reste applicable. Cette seconde question est plus ouverte. Si l'application de la loi prive de cause la convention collective, si la privation de SMIC de quelques salariés est la cause véritable du supplément versé aux autres, la convention, devenue sans cause, sera inapplicable pour tous.

Il peut en découler des solutions globalement désavantageuses pour les salariés. Ainsi, un système conventionnel de représentation du personnel qui remplacerait comités d'entreprise, délégués syndicaux et délégués du personnel, pourrait être globalement plus favorable pour les salariés. Les lois sur les comités d'entreprise, délégués syndicaux et délégués du personnel étant d'ordre public, cette convention ne saurait pour autant les supprimer. La loi s'applique. Et les conventions collectives doivent se contenter d'ajouter à la loi sans pouvoir substituer d'autres modes de représentation du personnel, même plus favorables.

Les négociateurs collectifs ont une marge de négociation sur les termes des autres conventions collectives applicables. Ils n'ont pas une même latitude s'agissant des termes de la loi. Lorsque la loi fixe un minimum, celui-ci peut être amélioré. Mais il ne peut être supprimé ou amendé, fusse au profit d'une institution nouvelle : un tel amendement serait illégal.

L'arrêt du 17 juillet 1996, *Vizcaino*[*] apporte une légère nuance à cette conclusion. Cet arrêt fait prévaloir les dispositions plus favorables du statut de la SNCF sur la loi, alors même que cette application empêche l'application de toute la lettre de la loi. Mais l'arrêt prend soin de préciser que sa solution n'est possible que parce « qu'aucune illégalité d'une disposition particulière du statut (*n'était*) invoquée ». Si l'illégalité du statut avait été soulevée, on peut supposer que seule la loi aurait été applicable et que les salariés auraient été privés du statut, plus favorable. Ni l'employeur ni les salariés ne réclamaient une telle solution. Ceci explique, qu'après avoir insisté en affirmant que le raisonnement tenu « n'implique aucune appréciation sur la légalité... » la Cour ait laissé s'appliquer un statut plus favorable, en fermant les yeux sur l'élément de loi qu'il mettait de coté. Ainsi, une certaine souplesse peut, si les parties en sont d'accord, être à l'occasion tolérée : le juge répugne à soulever d'office des moyens qui iraient contre le désir des deux parties au procès.

Black plaque (77,1)

Il faut donc considérer que la supériorité juridique de la loi sur la convention collective demeure la solution du droit positif.

Cette supériorité *juridique* de la loi ne doit pas masquer que, *dans les faits*, le pouvoir des négociateurs collectifs ne cesse de s'accroître, au dépend bien souvent de celui du législateur.

Une loi peut fort bien affirmer elle-même qu'elle ne s'applique qu'à défaut de convention collective contraire, même défavorable aux salariés. Cette disposition légale, comme les autres, doit être respectée, le principe de faveur n'ayant pas valeur supra-législative (v. n° 59). Les lois de ce type sont de plus en plus fréquentes. Ces lois qui ne s'appliquent qu'en l'absence de convention collective sont en quelque sorte supplétives de la commune volonté des négociateurs collectifs. Ce droit légal supplétif couvre aujourd'hui des pans entiers du droit du travail. C'est le cas, notamment, de l'essentiel de la réglementation du temps de travail.

De plus, la puissance du politique étant ce qu'elle est, il est devenu très difficile à un gouvernement de résister aux accords réalisés entre syndicats de salariés et organisations patronales. Ainsi, à plusieurs reprises, les négociations collectives nationales interprofessionnelles sont venues conclure des accords qui exigeaient, pour s'appliquer, des modifications de la loi. Et le législateur, trop heureux de faire ainsi plaisir à tout le monde, se pressa d'intégrer dans la loi les modifications demandées. On peut ainsi mentionner l'article 6 I de la loi du 12 novembre 1996, qui vise expressément l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 et intègre dans la loi les modifications légales exigées par cet accord. On peut de même noter que les lois relatives à la formation professionnelles sont, pour l'essentiel, la reprise des accords de 1971, 1991 et 2003. Plus récemment encore, l'article D. 322-24 du Code du travail, qui instaure le contrat « vieux », est la copie, par le décret du 28 août 2006, de l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005.

Poussant leur avantage, le patronat et les principaux syndicats (à l'exception notable de la CGT) sont allés jusqu'à exiger une soumission plus définitive du législateur à leur commun accord. Sur le modèle de la négociation collective européenne, les acteurs collectifs ont réclamé qu'aucune loi ne puisse être votée dans le domaine social, sans que le projet de loi ne leur ait été soumis au préalable et sans qu'il ne leur ait été laissé le temps d'une négociation. Un éventuel accord devrait alors être repris par le Parlement, sans que celui-ci puisse porter atteinte à son équilibre (v. la position commune du 16 juillet 2001, *Dr. soc.* 2003. 92 et s., spéc. pt. III, 3, p. 95).

Cette revendication d'une étrange négociation collective supra-législative a d'abord reçu un ferme soutien de la part du gouvernement, lequel s'est engagé solennellement à se soumettre à ce désir des partenaires sociaux dans les motifs de la loi du 4 mai 2004. Cet engagement a été rapidement violé : quelques mois plus tard, la même majorité a commencé à légiférer en droit du travail par voie d'ordonnance sans laisser de temps à la négociation. Le législateur a alors semblé reprendre la main. Ainsi, le nouveau contrat spécial, réservé aux jeunes, le contrat première embauche (CPE), fut-il adopté sans concertation préalable, à la suite d'un amendement déposé en cours de procédure parlementaire (loi du 31 mars 2006, sur laquelle v. *infra*, n° 176). Les importantes grèves et manifestations de protestation contre ce contrat conduisirent cependant à son abandon très rapide (proposition de loi du 10 avril 2006, loi du 21 avril 2006, 11 jours de procédure pour adopter une loi, record

Black plaque (78,1)

à battre !). L'absence de concertation préalable ayant alors été vivement critiquée, l'idée d'une négociation collective préalable à la procédure législative est revenue sur le devant de la scène.

Par suite, loi du 31 janvier 2007 a créé une obligation de faire précéder tout projet de réforme d'une concertation préalable, qui comprend notamment la transmission aux négociateurs collectifs d'un « document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options » (art. L. 101-1 al. 2 C. trav. ; L. 2211-1 al. 2 recod.). Ces deniers reçoivent en outre la faculté d'informer du délai qu'ils souhaitent pour négocier (art. L. 101-1 al. 3 C. trav. ; L. 2211-1 al. 3 recod.).

Cette procédure apparaît relativement souple : rien n'indique que la demande de délai soit impérative pour le législateur. Rien n'indique non plus qu'une négociation aboutie lie juridiquement le législateur, lequel pourrait fort bien amender l'accord réalisé (situation fort différente de celle reconnue en droit européen, pour la négociation collective européenne : v. *supra*, n° 49). De tels effets impératifs supposeraient, au demeurant, une modification de la Constitution pour qu'ils soient effectifs. Enfin, la procédure prélégislative nouvelle n'est applicable qu'en l'absence d'« urgence » (art. L. 101-1 al. 4 ; L. 2211-1 al. 4 recod.).

La loi du 31 janvier 2007 n'a donc qu'un impact essentiellement symbolique. Et il aura suffit de quelques semaines à la majorité issue des élections présidentielle et législatives de mai-juin 2007, pour revenir à la pratique des lois votées dans l'urgence, sans véritable consultation-négociation préalable (v. les lois du 21 août 2007 qui modifient le régime fiscal et social des heures supplémentaires et fixent un préavis individuel de grève dans le secteur du transport public terrestre de personnes). Il demeure que la vision d'une loi si respectueuse qu'elle apparaît quasi soumise est désormais ancrée en tête du Code du travail (et en tête du Livre sur la négociation collective dans la recodification). Il s'agit d'un symbole fort. L'affaiblissement du législateur y reçoit une sorte de consécration. Un pas de plus est ainsi réalisé vers la satisfaction de cette revendication patronale, toujours présente, d'un droit du travail composé de conventions collectives vaguement agrémentées de quelques lois supplétives, d'un droit du travail ainsi réduit aux protections expressément consenties par les employeurs.

Certes, nous n'en sommes pas là. Mais l'évolution récente du droit du travail est clairement orientée dans cette direction.

§ 4 Le contrat individuel et l'ordre public

■ 76 Les règles du droit du travail, qu'elles soient issues des traités, des lois, ou des conventions collectives, s'imposent à l'employeur comme aux salariés. Les contrats individuels ne peuvent y déroger.

Cette règle ancienne est consubstantielle au droit du travail. Parce que les salariés étaient dans une situation d'infériorité par rapport à leurs employeurs, il est apparu que l'on ne pouvait compter sur le contenu des contrats individuels pour faire régner la justice. C'est contre ce contenu des contrats individuels, jugé trop déséquilibrés, injustes, que le droit du travail a été construit. C'est pour cette raison que des lois ont été votées. C'est pour cette raison que des conventions collectives, conclues à un niveau où les négociations sont plus équilibrées, ont été adoptées. Un droit du travail

Black plaque (79,1)

auquel les contrats individuels de travail pourraient déroger n'aurait donc plus aucun sens.

Ceci explique la situation du contrat de travail vis-à-vis de la loi, mais aussi de la négociation collective. Les principes de solutions sont ici un peu les mêmes que ceux qui gouvernent les relations entre la loi et la convention collective. Le contrat individuel de travail ne peut déroger aux lois d'ordre public. Il ne peut pas non plus, sauf dispositions contraires, déroger aux conventions collectives.

Ce respect est également dû par le contrat à la teneur des règles légales et conventionnelles. Mais ceci ne signifie pas que le contrat individuel soit exactement dans la même situation face à la loi et face à la convention collective.

Si tel est son sens, la loi peut toujours l'emporter sur des dispositions contractuelles, même plus favorables pour le salarié. Une telle signification de la loi est exceptionnelle, mais pas inexistante. Ainsi, par exemple, la prohibition des clauses d'indexation, ordonne l'annulation des clauses conventionnelles, mais aussi contractuelles, qui indexent le salaire sur le taux d'inflation ; et ce, même si ces clauses sont favorables aux salariés (art. L. 112-2 C. mon. fin. ; Soc. 13 décembre 2006, n° 05-44073, *Bull. civ.* V, n° 374). On dit alors que la loi est d'ordre public absolu (v. n° 74).

Pareille solution est tout à fait exclue dans les rapports entre conventions collectives et contrats. Il n'existe pas de convention collective « d'ordre public absolu » qui pourrait s'imposer aux contrats individuels de travail. L'article L. 135-2 (L. 2254-1 recod.) du Code du travail est fort clair en ce sens : les conventions collectives s'imposent « sauf dispositions plus favorables ». La force obligatoire des conventions collectives cesse donc face aux dispositions plus favorables stipulées au sein de contrats individuels de travail. La Cour de cassation en déduit qu'« un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d'un salarié » (v. not. Soc. 13 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 340 ; Soc. 25 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 64).

Ainsi, dans les rapports entre convention collective et contrat individuel de travail, c'est le principe du respect mutuel qui s'impose. Celle-ci ne peut détruire les avantages prévus par celui-là, et *vice-versa*. La solution ressemble alors à celle qui régissait les conflits de conventions collectives avant la loi de 2004. Il faut comparer les dispositions qui ont une même cause et appliquer celles qui sont les plus favorables pour l'ensemble des intéressés (v. n° 70-72). Simplement, ici, l'ensemble des intéressés se résume à une personne unique, le salarié signataire du contrat. Et rien n'indique que la jurisprudence *Géophysique* puisse être transposée (sur cette solution v. n° 73) : pareille solution semble incompatible avec la supériorité hiérarchique, qui demeure, de la convention collective sur le contrat (pour un autre effet de cette supériorité, v. n° 78).

La hiérarchie entre contrat et convention collective n'en demeure pas moins de très faible intensité, d'autant que les contrats individuels de travail ont une sorte de zone normative réservée, un domaine juridique où eux seuls sont véritablement compétents.

Le contrat individuel de travail est le seul acte juridique qui ne soit obligatoire qu'à la condition du consentement du salarié. Et l'on ne saurait se passer de ce consentement pour un certain nombre de normes. La plus importante est l'obligation du salarié d'obéir à l'employeur. Cette subordination juridique résulte du contrat individuel de travail et ne peut résulter que de lui : une subordination sans le

Black plaque (80,1)

consentement préalable du salarié ferait passer la relation du salariat, qui est autorisé, au travail forcé, qui est strictement prohibé.

Plus généralement, il faut rappeler que si les organisations patronales sont bien les mandataires de leurs membres dans la négociation collective, il n'en va de même des syndicats de salariés. Ces derniers représentent *les intérêts* des salariés dit-on. Cela signifie qu'ils ne représentent pas juridiquement les salariés, ils ne sont pas leurs mandataires. En clair, le consentement des syndicats ne vaut pas consentement des salariés. Les syndicats ne sont pas les chefs, les patrons de leurs membres. Ils le sont encore moins vis-à-vis des salariés qui ne sont pas leurs adhérents. Ils ne peuvent donc pas leur donner des ordres ni leur imposer des obligations nouvelles. Il en résulte qu'une convention collective ne saurait en aucun cas détruire un avantage que le salarié tient de son contrat de travail (en ce sens, v. l'art. L. 135-2, L. 2254-1 recod., C. trav.).

On devrait logiquement en déduire aussi que les conventions collectives de travail ne peuvent pas créer d'obligations à la charge des salariés. La création d'obligations au débit du salarié serait ainsi une compétence qui n'appartiendrait qu'aux pouvoirs publics, aux contrats individuels de travail, ou aux employeurs dans la limite des pouvoirs qui leur ont été concédés par le contrat de travail.

La jurisprudence, cependant, a légèrement édulcoré cette solution. Elle considère que, dans le silence du contrat, les conventions collectives peuvent créer des obligations à la charge des salariés. Ont ainsi pu être imposées aux salariés, par convention collective, des clauses de non-concurrence (Soc. 8 janvier 1997, *Pied*, *Dr. soc*. 1997. 323, *Bull. civ.* V, n° 8) ou encore des clauses d'essai (Soc. 29 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 112 ; Soc. 23 avril 1997, *Dr. soc*. 97. 640, note G. Couturier ; *Bull. civ.* V, n° 143 ; Soc. 7 mars 2000, *RJS* 2000, n° 369), de mobilité (Soc. 27 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 222 ; Soc. 30 novembre 2005, pourvoi 03-46530 ; *RJS* 2006, n° 307) ou d'astreinte (Soc. 13 février 2002, pourvoi n° 00-40387). Mais cette solution est strictement conditionnée. Pour s'imposer, la clause de la convention collective doit être auto-suffisante et impérative. De plus, le salarié doit avoir été informé de l'application de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance, *au moment de son embauche*. Une convention collective ne peut donc imposer aucune sujétion nouvelle aux salariés embauchés antérieurement à l'adoption de la convention nouvelle. La Cour de cassation s'est prononcée de manière très nette en ce sens (v. not. Soc. 27 juin 2002 et 30 nov. 2005, *préc.*). La solution inverse antérieure, qui, sous conditions, acceptait qu'une convention collective puisse imposer des sujétions nouvelles aux salariés en poste (v. Soc. 27 juin 2002, *préc.*) peut ainsi être considérée comme abandonnée. Une convention collective ne peut donc plus créer d'obligations qu'à la condition qu'il soit possible de supposer que le salarié connaissait la clause conventionnelle lorsqu'il a conclu son contrat. Il faut, en d'autres termes, qu'il soit possible de supposer qu'il a ainsi *implicitement* consenti à la clause conventionnelle dès le début de la relation de travail (une *modification* du contrat ne peut, elle, être implicite : v. Soc. 8 octobre 1987, *Raquin*, arrêt cité et étudié aux n° 84 et s.). Plutôt qu'un véritable pouvoir des syndicats de créer des obligations à la charge des salariés sans leur consentement, il s'agit donc plutôt d'une jurisprudence créatrice sur le contenu des contrats individuels de travail, justifiée par des consentements supposés, imaginés. Cette solution n'en demeure pas moins critiquable : le recours à des consentements fictifs n'est jamais très convaincant.

Black plaque (81,1)

§ 5 Situation des normes professionnelles non conventionnelles

78 Le règlement intérieur et l'engagement unilatéral sont créés par la seule volonté unilatérale de l'employeur. Il s'agit pour cette raison des normes les plus fragiles. Elles ont été situées par la jurisprudence au plus bas de la hiérarchie des normes, dans une situation de parfaite soumission aux conventions collectives. Cette solution est assez logique, ce qu'une volonté seule fait est *a priori* moins puissant que ce que plusieurs volontés ont fait. Ainsi, une convention collective nouvelle peut, si elle le prévoit expressément, détruire les engagements unilatéraux existants (en ce sens, v. Soc. 19 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 688 ; Soc. 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-40232, *Dr. soc.* 2006.1190, note P. Waquet) ou modifier le règlement intérieur (CE 28 janvier 1991, *Dr. soc.* 1992. 232).

Il est bien évident que dans un cas comme dans l'autre, ces modifications ne peuvent pas être tacites : il est nécessaire que l'accord collectif, prévoie expressément la modification de la norme patronale pour que celle-ci soit effective.

En revanche, une pareille capacité modificatrice n'a pas été accordée aux contrats individuels de travail. En cas de conflit entre un contrat de travail et un engagement unilatéral, le principe de faveur s'applique et la disposition la plus favorable s'impose. (Soc. 18 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 314 ; *Dr. soc.* 2007. 108-109, observations A. Mazeaud, reproduit dans les documents du chap. 6).

Cette différence entre la force des conventions collectives et la force des contrats individuels est une manifestation de la supériorité des premières sur les seconds (sur celle-ci, v. n° 76).

On notera au passage que le régime juridique des usages d'entreprise est en tout point identique à celui des engagements unilatéraux (v. n° 142).

79 Les usages de la profession, sont en revanche plus résistants. Il est en tout cas clair qu'un contrat individuel ne saurait y déroger en moins favorable (Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ*. V, n° 106). La capacité de la convention collective à détruire un tel usage de la profession, semble, cependant possible, quoique cela n'ait toujours pas été tranché avec clarté (v. Soc. 9 juillet 1996, *Bull. civ*. V, n° 276).

Black plaque (82,1)

Biblio

Sur les sources européennes

- « Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne », *Dr. soc*. 2005. 491-535, dossier, avec not. les articles d'A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, S. Laulom et C. Vigneau.
- C. Vigneau, « Partenaires sociaux européens et nouveaux modes communautaires de régulation : la fin des privilèges ? », *Dr. soc*. 2004. 883.

Sur le principe de faveur

- A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc*. 1999. 115.
- J. Pélissier, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 389-400.

Sur les conflits de conventions collectives

- E. Dockès, « La réciprocité des dispositions dans la convention collective », *Dr. ouvrier* 1997. 503 et s.
- M.-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in *La négociation collective d'entreprise*, Dalloz, 2005, pp. 89-108.

Sur la place du contrat individuel de travail

- « Faut-il renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail ? », Controverse entre M. Morand et E. Dockès, *RDT* 2007. 144-149.

Documents

Sur le principe de faveur

Soc. 17 juillet 1996, *Vizcaino*, *Grands arrêts*, n° 174 ; *Bull. civ.* V, n° 297

« Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 200-1 et L. 223-11 du Code du travail, le chapitre 10 du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel, et le règlement PS 2 ;

Vu le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ; (...)

Attendu qu'en vertu du principe fondamental, en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable, il convient, *dès l'instant qu'aucune illégalité d'une disposition particulière du statut propre à la SNCF n'est invoquée*, de déterminer si les dispositions de ce statut concernant les congés payés sont plus favorables que celles résultant du régime légal ; que *cette appréciation doit être globale à raison du caractère indivisible de ce régime de congés payés institué en tenant compte des nécessités du service public ;* que cette comparaison n'implique aucune appréciation

Black plaque (83,1)

sur la légalité du décret précité, puisqu'il s'agit seulement de choisir entre deux textes, également applicables, le plus avantageux pour les salariés ;

Et attendu qu'il apparaît que, *même si en ce qui concerne les bases de calcul de l'indemnité de congés payés, le statut de la SNCF prévoit une disposition moins favorable, l'ensemble du régime des congés payés prévu par ce statut accorde aux agents des avantages supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application du Code du travail* ;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, le conseil de prud'hommes a violé les textes et le principe susvisés ;

(...) PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,... ».

Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-494 DC, du 29 avril 2004 (à propos de la loi du 4 mai 2004)

« ... 9 : Considérant, en outre, que le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en revanche, il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée... ».

Sur la force obligatoire des traités

Déclaration de la Conférence internationale du travail de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, du 19 juin 1998

« La Conférence internationale du travail

1. Rappelle :

(a) qu'en adhérant librement à l'OIT, l'ensemble de ses Membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, et se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation, dans toute la mesure de leurs moyens et de leur spécificité ;

(b) que ces principes et droits ont été exprimés et développés sous forme de droits et d'obligations spécifiques dans des conventions reconnues comme fondamentales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Organisation.

2. Déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions, à savoir :

(a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ;

(b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ;

(c) l'abolition effective du travail des enfants ;

(d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. »

Black plaque (84,1)

CJCE 2 août 1993, *Levy*, C-158/91, *Rec. CJCE*, p. I-4287

« … le juge national a l'obligation d'assurer le plein respect de l'article 5 de la directive 76/207 en laissant inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale, sauf si l'application d'une telle disposition est nécessaire pour assurer l'exécution par l'État membre concerné d'obligations résultant d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du traité CEE avec des États tiers. »

Sur l'application des directives européennes non transposées

CJCE 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec. CJCE*, 1994, p. I-3325

« (…) 22. À cet égard, il suffit de relever qu'ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 26 février 1986, *Marshall*, précité (pts. 48 et 49), la jurisprudence sur l'invocabilité des directives à l'encontre des entités étatiques est fondée sur le caractère contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive, caractère contraignant qui n'existe qu'à l'égard de "tout État membre destinataire". Cette jurisprudence vise à éviter qu' "un État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire".

23. Il serait inacceptable, en effet, que l'État auquel le législateur communautaire prescrit d'adopter certaines règles destinées à régir ses rapports – ou ceux des entités étatiques – avec les particuliers et à conférer à ceux-ci le bénéfice de certains droits puisse invoquer l'inexécution de ses obligations en vue de priver les particuliers du bénéfice de ces droits. C'est ainsi que la Cour a reconnu l'invocabilité à l'égard de l'État (ou d'entités étatiques) de certaines dispositions des directives sur la conclusion des marchés publics (voir arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, *Rec. CJCE*, p. 1839) et des directives sur l'harmonisation des taxes sur le chiffre d'affaires (voir arrêt du 19 janvier 1982, *Becker*, 8/81, *Rec. CJCE*, p. 53).

24. Étendre cette jurisprudence au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements.

25. Il s'ensuit que, à défaut de mesures de transposition de la directive dans les délais prescrits, les consommateurs ne peuvent pas fonder sur la directive elle-même un droit à renonciation à l'encontre des commerçants avec lesquels ils ont conclu un contrat et le faire valoir devant une juridiction nationale.

26. Il y a lieu, en outre, de rappeler que, selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann* (14/83, *Rec. CJCE*, p. 1891, pt. 26), l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Ainsi qu'il ressort des arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, *Marleasing* (C-106/89, *Rec. CJCE*, p. I-4135, pt. 8), et du 16 décembre 1993, *Wagner Miret* (C-334/92, *Rec. CJCE*, p. I-6911, pt. 20), en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité.

Black plaque (85,1)

27. Pour le cas où le résultat prescrit par la directive ne pourrait être atteint par voie d'interprétation, il convient de rappeler, par ailleurs, que, selon l'arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich e.a.* (C-6/90 et C-9/90, *Rec. CJCE*, p. I-5357, pt. 39), le droit communautaire impose aux États membres de réparer les dommages qu'ils ont causés aux particuliers en raison de l'absence de transposition d'une directive pour autant que trois conditions soient remplies. Tout d'abord, la directive doit avoir pour objectif que des droits soient attribués à des particuliers. Le contenu de ces droits doit, ensuite, pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi (...). »

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

L'entreprise Mélusine SA, qui fabrique diverses sortes de biscuits, est installée dans le département de la Côte d'Or. Le président du conseil d'administration, M. Soureau, vous consulte. Il souhaite savoir si la convention d'entreprise qu'il a conclue le 25 décembre 2005 est bien applicable dans toutes ses dispositions, et si, par conséquent, il peut cesser d'appliquer les articles 15 à 17 de la convention de la biscuiterie de la Côte d'Or. Vous lui dites précisément ce qui est applicable des textes susvisés, dans les deux hypothèses suivantes :

1. La convention collective étendue de la biscuiterie de la Côte d'Or a été conclue en octobre 1997 et étendue par un arrêté ministériel de janvier 1998.

2. La convention collective étendue de la biscuiterie de la Côte d'Or a été conclue en septembre 2005 et étendue par un arrêté ministériel d'octobre 2005.

Annexe

Convention collective étendue de la biscuiterie du département de la Côte-d'Or

(extrait)

« (...)

Article 15 : Une prime d'ancienneté de 200 € par mois sera versée mensuellement aux salariés ayant plus de 10 ans d'ancienneté.

Article 16 : Sauf faute grave, l'indemnité de licenciement a pour montant le produit du nombre d'années d'ancienneté par le septième du salaire mensuel. Pour les salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise, et sauf faute grave, le préavis de licenciement est fixé à 12 mois. Le préavis de démission est fixé à 3 mois.

Article 17 : La durée des congés annuels payés est calculée à raison de 3,5 jours ouvrables par mois travaillé.

(...)

(les signatures requises suivent). »

Black plaque (86,1)

Convention collective de l'entreprise Melusine SA

« Article 1 : Une prime semestrielle de 500 € sera versée aux salariés ayant plus de 5 ans d'ancienneté.

Article 2 : Sauf faute grave, l'indemnité de licenciement a pour montant le produit du nombre d'années d'ancienneté par le cinquième du salaire mensuel. Pour les salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise, et sauf faute grave, le préavis de licenciement est fixé à 6 mois. Le préavis de démission est fixé à 1 mois.

Article 3 : La durée des congés payés annuels est la durée légale de 2,5 jours ouvrables par mois travaillé. L'article 17 de la convention de la biscuiterie de la Côte d'Or est donc inapplicable dans l'entreprise.

Article 4 : Pour compenser la réduction des congés payés qu'opère l'article 3 de cette convention, une prime de 13e mois est créée dans l'entreprise.

Fait à Dijon, le 25 décembre 2005,

(les signatures requises suivent). »

Corrigé

La convention collective de la biscuiterie de la Côte d'Or est étendue dans les deux hypothèses. Elle s'applique donc à l'entreprise Mélusine SA dans les deux hypothèses, que l'employeur soit ou non membre d'une organisation patronale signataire.

- *Hypothèse 1*

La convention de branche est antérieure à la loi du 4 mai 2004. Cette loi ne lui est donc pas applicable (v. son article 45). Ce sont les solutions antérieures qui continuent à s'appliquer au conflit entre les deux conventions collectives en cause.

Il est tout d'abord nécessaire de regrouper les dispositions de chaque convention collective en fonction de leur finalité, de leur cause, puis de comparer les blocs ayant une même cause, afin de rechercher lequel est le plus favorable.

– Sur la prime d'ancienneté :

L'article 1er de la convention d'entreprise et l'article 15 de la convention de branche ont tous deux pour finalité de rémunérer l'ancienneté. Ils ne peuvent donc se cumuler.

Les salariés qui ont entre 5 et 10 ans d'ancienneté préféreront la convention d'entreprise. Ceux qui ont plus de 10 ans d'ancienneté préféreront l'article 15 de la convention de branche. Mais il n'est pas question d'appliquer des articles différents pour les uns ou pour les autres. Un seul article sera applicable. Et pour savoir lequel, il est nécessaire de se placer du point de vue de l'ensemble des intéressés, c'est-à-dire ici du point de vue de l'ensemble des salariés de l'entreprise.

La solution dépendra essentiellement de la structure de l'ancienneté dans l'entreprise. Si très peu de salariés atteignent les 10 ans d'ancienneté, la convention d'entreprise l'emportera. Si en revanche, la plupart des salariés ont plus de 10 ans d'ancienneté, ce sera la convention de branche. Et, dans certains cas intermédiaires, la question pourra devenir très difficile.

– Sur les conséquences de la rupture du contrat de travail :

Il est nécessaire de distinguer les indemnités de licenciement, qui réparent le préjudice de la rupture, des durées de préavis, qui préviennent ce préjudice (v. Soc. 23 octobre 1985, *Bull. civ.* V,

Black plaque (87,1)

n° 488). Il est nécessaire de séparer la durée du préavis de licenciement, qui a pour finalité la prévention du préjudice subi par le salarié en cas de licenciement, de la durée du préavis de démission, qui a pour finalité la prévention du préjudice subi par l'employeur, en cas de démission.

Sur les indemnités de licenciement : l'indemnité de la convention d'entreprise s'applique (1/5e est plus favorable que 1/7e).

Sur la durée du préavis de licenciement : la convention de branche l'emporte.

Sur la durée du préavis de démission : la convention d'entreprise l'emporte.

La seule manière de discuter ces solutions est de prétendre que la durée de préavis de démission est la contrepartie des durées de préavis de licenciement, puis d'appliquer la jurisprudence issue de l'arrêt *Géophysique* visée au-dessus. Mais, il semble difficilement acceptable qu'une clause puisse être considérée *tacitement* comme la contrepartie d'une autre clause.

– Sur la durée des congés payés :

Les articles 3 et 4 de la convention d'entreprise sont rattachés expressément l'un à l'autre, le second est la cause-contrepartie du premier. En vertu de la jurisprudence issue de l'arrêt *Géophysique* du 19 février 1997, ces articles doivent donc être comparés en bloc aux dispositions de même cause de la convention de branche, ici à l'article 17 sur les congés payés annuels. Cet article 17 permet à un salarié présent pendant toute l'année de référence pour le calcul des congés payés de recevoir un supplément de 12 jours ouvrables de congés supplémentaires, soit 2 semaines supplémentaires. La convention d'entreprise accorde 1 mois de salaire supplémentaire. 15 jours de congés contre 1 mois de salaire, la convention d'entreprise apparaît, *a priori*, plus favorable (on peut toujours, bien sûr, discuter : l'appréciation de la disposition la plus favorable n'est pas une science exacte). Elle sera donc applicable et l'article 17 de la convention de branche cessera de s'appliquer.

• *Hypothèse 2*

La convention de branche est postérieure à la loi du 4 mai 2004. Cette loi lui est donc applicable (v. son article 45).

Il faut alors se demander si la convention de branche contient une clause qui affirme sa force obligatoire face aux conventions d'entreprise. Si une telle clause est présente, les solutions sont identiques à celles de l'hypothèse 1 (art. L. 132-23 nouveau al. 4 *in fine*, L. 2253-3 al. 2 recod., C. trav.).

À défaut d'une telle clause, la convention d'entreprise peut déroger en moins favorable à la convention de branche, sauf dans un certain nombre de matières, dont les « salaires » (art. L. 132-23 nouveau al. 3 et 4 ; L. 2253-3 recod., C. trav.).

Les articles 2, 3 et 4 ; de la convention d'entreprise sont donc pleinement applicables. Ils se substituent aux articles 16 et 17 de la convention de branche, sans qu'il soit nécessaire de savoir s'ils sont ou non plus favorables.

En revanche, la question de la prime d'ancienneté touche aux salaires. La convention d'entreprise n'a donc pas, en la matière, de droit de destruction des avantages conclus au niveau de la branche. La réponse est donc, en ce qui concerne les primes d'ancienneté, la même que celle de l'hypothèse 1.

Black plaque (89,1)

TITRE 2

Pouvoir de l'employeur

Le pouvoir de l'employeur est d'abord un *fait*, issu de la domination économique. Très vite, ce fut aussi un *droit* accordé à l'employeur, un droit de commander, de donner des ordres. Le pouvoir de l'employeur reçu ainsi l'appui de la force du droit, mais il put aussi être plus facilement encadré, limité par le droit. 80

Le pouvoir juridique est une faculté concédée par le contrat de travail. Il faut même ajouter que tout contrat de travail concède, par définition, un tel pouvoir. Le pouvoir juridique n'est en effet rien d'autre que le verso de la subordination juridique du salarié, laquelle est l'élément central qui permet de qualifier un contrat de « contrat de travail » (v. n°s 31 à 33).

On distingue classiquement le pouvoir de direction de l'employeur, son pouvoir disciplinaire et son pouvoir réglementaire. Cette trilogie est directement inspirée de la trilogie des fonctions de Montesquieu (fonction exécutive, législative et judiciaire). Mais il n'y a là qu'une vague inspiration. En droit du travail, les trois modalités du commandement sont réunies dans les mêmes mains, celles de l'employeur. De plus, il apparaît à l'étude que les trois pouvoirs ne sont pas sur le même plan. 81

Le pouvoir premier, essentiel, est le pouvoir de direction. Ce pouvoir est la faculté de commander qui est reconnue à l'employeur. En termes plus juridiques, il est une faculté de créer ou de préciser unilatéralement des obligations dont le salarié est le débiteur.

Les pouvoirs disciplinaires et réglementaires n'en sont que des déclinaisons. Lorsque le pouvoir de direction s'exerce en donnant des ordres dotés d'une certaine généralité et d'une vocation à régir durablement les rapports de travail, on parle de pouvoir réglementaire. Lorsque le pouvoir de direction est exercé pour se renforcer lui-même, pour sanctionner ceux qui lui ont désobéi, on parle de pouvoir disciplinaire.

L'employeur n'a donc fondamentalement qu'un pouvoir, le pouvoir de direction. Simplement ce pouvoir de direction peut être exercé, notamment, de manière réglementaire ou disciplinaire. Certaines règles particulières doivent alors s'appliquer.

Le pouvoir de direction ou « pouvoir » tout court doit d'abord être confronté, dans sa généralité, à ce qui est sa source et sa première limite, à savoir le contrat individuel de travail (chapitre 4). Le pouvoir disciplinaire de l'employeur (chapitre 5) et son pouvoir réglementaire (chapitre 6) seront étudiés ensuite.

Black plaque (91,1)

chapitre

4

Pouvoir et contrat

Black plaque (92,1)

Plan analytique

section 1

Évolution

§ 1 Essor du droit au refus

§ 2 Exclusion du pouvoir sur le contrat

section 2

Contenu du contrat

§ 1 Enjeux

§ 2 Objet du contrat de travail

section 3

Le contenu de principe du contrat

A. Nature contractuelle du salaire

B. Nature du travail

C. Lieu de travail

D. Temps de travail

section 4

Les clauses d'accroissement du pouvoir

A. Conditions de validité

B. Sanction de l'illicéité d'une clause

section 5

Les clauses d'accroissement du contrat

section 6

Contrôle de l'exercice du pouvoir

Black plaque (93,1)

Le contrat renvoie une image d'égalité et de commun accord. Le pouvoir est inégalité et unilatéralisme. Contrat et pouvoir semblent donc *a priori* bien éloignés l'un de l'autre. Ils furent même, jusqu'à récemment, compris comme s'excluant l'un l'autre. 82

Au nom du principe d'égalité proclamé en 1789, il appartenait au contrat de régir les rapports entre individus égaux. Au nom de l'intérêt général, les rapports entre personnes publiques et administrés étaient eux placés exclusivement sous le signe du pouvoir. Alors, les rapports de travail furent conçus comme des rapports exclusivement contractuels, d'où le pouvoir était exclu.

Cette conception simpliste devait vite céder devant l'incontestable fait du pouvoir. Et celui-ci fut peu à peu intégré au cœur du droit du travail. L'opposition des paradigmes de pouvoir et de contrat n'en restait pas moins toujours aussi forte. L'irruption du pouvoir en droit du travail fit alors sous-estimer la place du contrat. Certains auteurs, comme Paul Durand, ont même tenté de rejeter le contrat individuel de travail aux marges de la catégorie juridique des « contrats », pour ne plus lui reconnaître qu'un rôle très secondaire, voire négligeable.

Le contrat individuel de travail est pourtant la source nécessaire des rapports juridiques entre employeurs et salariés. Il permet aussi de distinguer travail salarié et travail forcé, ce qui n'est pas un détail. Pour cette raison, il n'a pu être totalement évacué, même par ses plus fervents adversaires. Réhabilité par Gérard Lyon-Caen à la fin des années 1960, le contrat individuel de travail a connu un puissant essor à partir de la fin des années 1980. Il est aujourd'hui redevenu une des dimensions juridiques centrales des rapports de travail.

section 1

Évolution

Les vingt dernières années ont permis une véritable montée en puissance du contrat individuel de travail. Ce retour en force du contrat s'est fait en deux grandes étapes, toutes deux initiées par la jurisprudence. 83

§ 1 Essor du droit au refus

La première grande date à avoir marqué le retour du contrat individuel de travail sur le devant de la scène est celle de l'arrêt *Raquin* du 8 octobre 1987 (*Grands arrêts*, n° 48 ; *Bull. civ.* V, n° 541). 84

Black plaque (94,1)

Le revirement de jurisprudence réalisé par cet arrêt peut à première vue apparaître relativement anodin.

Avant l'arrêt *Raquin*, lorsqu'un important changement dans les rapports de travail avait lieu, le fait que le salarié exécute son travail aux nouvelles conditions, sans protester, permettait au juge d'en déduire que le salarié avait consenti au changement. L'exécution du contrat de travail aux nouvelles conditions valait acceptation tacite de ces nouvelles conditions. L'arrêt *Raquin* refuse cette acceptation tacite. Il affirme que l'acceptation des salariés ne peut pas découler de la poursuite du travail. Le salarié accepte la modification expressément ou il ne l'accepte pas.

L'arrêt *Raquin* en tire les conséquences. En l'espèce, l'employeur avait modifié le mode de rémunération, ce qui s'était traduit par une perte de salaire de M. Raquin. Celui-ci n'en avait pas moins continué de travailler, aux nouvelles conditions et ce pendant plus de 10 ans. Cette poursuite du travail ne vaut pas, pour la Cour de cassation acceptation de la modification du contrat Cette modification n'a donc pas eu lieu et le seul contrat qui demeure est le contrat conclu aux conditions antérieures. Par conséquent, M. Raquin avait droit à des rappels de salaires. Et l'arrêt ajoute que si M. Raquin persiste dans son silence, l'employeur devra continuer à lui verser son ancien salaire ou bien il devra le licencier.

Ce rejet de l'acceptation tacite est une petite modification du droit. Elle a eu des conséquences considérables.

En pratique, en effet, les salariés qui tiennent à leur emploi se soumettent généralement sans protester aux modifications de lieu, d'horaire, de salaire que l'employeur veut bien leur imposer. La soumission, dans un contexte de travail subordonné, est monnaie courante.

Tant que la soumission valait acceptation des modifications du contrat, le contrat n'était en pratique qu'un chiffon de papier. L'employeur pouvait ordonner sans crainte. Si son commandement allait au-delà du contrat cela n'importait guère : pour peu que les salariés se soumettent, leurs contrats étaient automatiquement modifiés. Le contenu des contrats était ainsi, en pratique, à la disposition des employeurs.

Avec l'arrêt *Raquin*, tout devient différent. Le salarié peut continuer à courber prudemment l'échine pour conserver son emploi. Mais lorsqu'il le souhaitera, des années plus tard peut-être, il pourra se retourner contre l'employeur et exiger l'application du contrat aux conditions initiales. Si son salaire a été baissé, ce sont des rappels de salaires sur 5 ans qui pourront être ainsi réclamés (les dettes de salaires sont prescrites au bout de 5 ans, v. n° 305). L'absence de refus exprès valait acceptation tacite. Par l'arrêt *Raquin*, qui ne dit mot ne consent plus.

Depuis lors, lorsque l'employeur veut modifier le contrat de travail, il doit demander l'acceptation expresse de ses salariés. Il est vrai que, sous la menace du licenciement, cette acceptation peut souvent être obtenue. Mais on aurait tort de sous estimer la formalité désormais nécessaire. D'une part, de très nombreux employeurs ignorent le droit et il ne leur vient pas à l'esprit d'exiger une acceptation formelle de leurs salariés. D'autre part, même lorsque l'employeur est bien conseillé, la formalité est relativement lourde. Envoyer à tous les salariés une demande d'acceptation expresse et attendre que tous l'aient bien renvoyée dûment remplie n'est pas si facile, surtout lorsqu'il s'agit de demander de renoncer à des avantages. La formalité rend, de plus, la réduction d'avantages particulièrement visible, particulièrement officielle. Ce qui n'est pas sans effets psychologiques sur le personnel,

Black plaque (95,1)

lequel peut très mal le prendre, voire organiser des résistances. La destruction d'avantages discrète, tacite, est nettement plus facile.

Ainsi, l'arrêt *Raquin* a eu un effet considérable. Il a permis au contrat de travail d'avoir une force obligatoire non plus seulement théorique, mais effective. Ce qui change tout.

85

Que l'on doive demander l'accord formel du salarié est au demeurant à ce point important que le législateur a fini par se sentir obligé d'édulcorer quelque peu la jurisprudence *Raquin*. La loi du 20 décembre 1993 a introduit l'article L. 321-1-2 (L. 1222-6 recod.) du Code du travail. Ce texte permet d'éviter, sous condition, l'application de la jurisprudence *Raquin*. Pour ce faire, l'employeur qui propose une modification du contrat *pour un motif économique* doit envoyer à tous les salariés une lettre recommandée avec accusé de réception. Cette lettre doit mentionner expressément que le salarié peut refuser la modification et qu'il a 1 mois pour ce faire. Si au bout de ce mois le salarié est resté silencieux, il est réputé avoir accepté la modification de son contrat. Le silence ainsi, à nouveau, vaut acceptation.

Ce changement législatif n'a pas fait disparaître la jurisprudence *Raquin*. Celle-ci reste seule applicable lorsque la modification du contrat est demandée par l'employeur *pour un motif personnel*, soit par exemple une faute ou une insuffisance professionnelle. De plus, la procédure de l'article L. 321-1-2 (L. 1222-6 recod.) du Code du travail, n'opère pas un complet retour en arrière. Elle requiert tout de même quelques formes, ce qui n'est pas en pratique négligeable. Et, si ces formes ne sont pas respectées, on en revient à la jurisprudence *Raquin*.

§ 2 Exclusion du pouvoir sur le contrat

86

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 10 juillet 1996, dont le fameux arrêt *Le Berre* (*Bull. civ*. V, n° 278 ; *Grands arrêts*, n° 49) ont opéré un changement terminologique crucial.

Avant ces arrêts, la Cour de cassation distinguait les « modifications substantielles » du contrat de travail et les « modifications non substantielles » du contrat de travail. Les premières étaient traitées en véritables modifications de contrat, elles ne pouvaient être réalisées que du commun accord des parties. Les secondes, dites « non substantielles », pouvaient être imposées unilatéralement par l'employeur.

Cette terminologie était bien peu convaincante. Le contrat en droit des obligations est un acte fait d'un commun accord, qui ne peut donc être modifié que d'un commun accord. Même une petite modification du contrat doit être acceptée par tous les cocontractants, pour être valide. On imagine mal le vendeur d'une machine à laver, une fois le contrat conclu, demander un petit supplément par rapport au prix convenu. Et sans doute ferait-il même rire si d'aventure il tentait d'argumenter sa cause en disant : « ce n'est qu'un petit supplément, c'est peu de chose. 5 % du prix, ce n'est pas substantiel... ». En droit du travail, cette argumentation était parfois acceptée : les modifications dites « non substantielles » du contrat de travail pouvaient être imposées par l'employeur. Cela en disait long sur l'état du droit du travail, l'infériorité de fait des salariés étant traduite juridiquement par un refus de les considérer comme des cocontractants à part entière.

C'est donc un peu plus qu'une maladresse terminologique qui a été corrigée par la jurisprudence *Le Berre*. Depuis cet arrêt la terminologie jurisprudentielle est claire.

Black plaque (96,1)

Tout ce qui est « contrat » ne peut être modifié que du commun accord des parties. Il est certes toujours des aspects de la relation de travail qui peuvent être modifiés unilatéralement. Mais ces éléments ne sont plus dits être des « modifications non substantielles ». Ce sont des éléments qui relèvent du « pouvoir » de l'employeur. Quoi de plus logique, au demeurant, que de qualifier de « pouvoir » les facultés de commandement unilatéral de l'employeur. La Cour de cassation a décidé de nommer « changement des conditions de travail » tout ce qui entrait la sphère du « pouvoir » de l'employeur, le reste étant dit « modification du contrat de travail ».

Ce changement terminologique était essentiel pour remettre le droit du travail sur ses pieds : que l'employeur n'ait aucun pouvoir sur le contrat permet de restaurer la logique juridique et de mieux comprendre quelle est la source du pouvoir juridique de l'employeur.

■ 87 La source du pouvoir juridique de l'employeur a été débattue. En droit, si le salarié est tenu d'obéir à l'employeur, ce n'est pas parce que ce dernier est naturellement un chef, ni parce qu'il est en fait puissant, ni parce que cela découle de sa domination économique. Ces réponses ont toutes été défendues en doctrine. Mais elles ne font que décliner des faits et, pour cette raison, elles sont inadmissibles : un pouvoir juridique doit venir d'un acte juridique. Cet acte qui habilite l'employeur à détenir un pouvoir sur son salarié est le contrat individuel de travail. C'est parce que le salarié y a consenti par contrat que l'employeur est doté d'un pouvoir. C'est le contrat qui donne son pouvoir juridique à l'employeur. Par conséquent, le pouvoir ne peut aller au-delà de ce que le contrat a donné. Il ne peut aller contre le contrat.

Il en résulte une véritable supériorité du contrat sur le pouvoir. Celle-ci est assez logique. Les obligations contractuelles sont le fruit de plusieurs volontés alors que les obligations issues du pouvoir dérivent d'une volonté unique. Il est assez normal que les premières l'emportent sur les secondes. C'est la solution qui est aujourd'hui appliquée systématiquement par la jurisprudence.

Le contrat individuel de travail l'emporte à chaque fois qu'il peut être opposé à un acte de pouvoir de l'employeur. C'est cette solution, fondamentale que la terminologie de la jurisprudence *Le Berre* a permis. Elle devait, par la suite, être progressivement systématisée par la Cour de cassation (v. not. l'arrêt Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry, Bull. civ*. V, n° 320, et son analyse n°s 126 et 127).

■ 88 Avant l'arrêt *Le Berre* du 10 juillet 1996, la question de savoir de ce qui était ou non une modification substantielle et de ce qui était une modification non substantielle était laissée au pouvoir souverain des juges du fond. Avec l'arrêt *Le Berre*, la Cour de cassation profita de la suppression de la distinction pour reprendre le contrôle de la question. L'arrêt *Le Berre* fut ainsi l'annonce d'une remise à plat de ce qui devait relever du pouvoir et ce qui devait relever du contrat.

section 2

Contenu du contrat

■ 89 Les enjeux de la détermination du contenu du contrat de travail doivent être tout d'abord bien compris (§ 1). Il faut ensuite savoir de quoi l'on parle et préciser ce

Black plaque (97,1)

qu'est l'objet du contrat de travail (§ 2). C'est alors que l'on pourra étudier la manière dont les juges tentent de préciser le contenu du contrat. La jurisprudence décrit tout d'abord une sorte de contenu de base, de principe (§ 3). Ce contenu peut, bien entendu être modifié par la stipulation de clauses qui accroissent (§ 4) ou qui réduisent (§ 5) la sphère contractuelle.

§ 1 Enjeux

90

La détermination exacte du contenu du contrat a des conséquences pratiques très importantes. Celles-ci apparaissent clairement au travers d'un exemple. Imaginons un employeur qui demande à l'un de ses ouvriers d'aller débarrasser des branches d'arbres tombées à la suite d'un orage dans la cour de l'usine. Imaginons encore, afin que naisse le litige, que le salarié refuse de s'exécuter.

Si la demande de l'employeur entre dans le champ du pouvoir, le refus du salarié est une faute. La gravité de cette faute devra être appréciée au vu des faits précis, de leur contexte, etc. Mais l'existence de la faute est incontestable. La désobéissance a même un temps été qualifiée de faute « en principe » grave, notamment par l'arrêt *Le Berre* du 10 juillet 1996. La chambre sociale de la Cour de cassation a abandonné un tel « principe » qui n'avait guère de sens. Et elle n'hésite pas à casser régulièrement des arrêts d'appel qui concluent trop rapidement à la faute grave (v. par ex. Soc. 9 avril 2002, *Bull. civ*. V, n° 123 ; Soc. 7 septembre 2004, *Bull. civ*. V, n° 223). Il demeure que la désobéissance sera le plus souvent une cause réelle et sérieuse de licenciement. Et qu'elle peut même parfois, dans certains cas, être qualifiée de faute grave, privative des indemnités de licenciement et de préavis.

La situation est tout à fait différente si l'employeur est sorti des limites de son pouvoir. Le refus du salarié est alors un droit dont l'exercice n'est nullement fautif (v. par ex. Soc. 13 avril 2005, *Bull. civ.* V, n° 137). Et l'employeur est tenu de se plier à cette décision sans pouvoir exercer ni pression, ni sanction à son encontre. Si l'employeur persiste cependant à vouloir lui imposer cet acte, si par exemple il ne lui donne pas d'autre travail tant que l'ordre n'aura pas été accompli, s'il prend des mesures de rétorsion, etc., il se met en faute. Le salarié pourra alors prendre l'initiative de la rupture de son contrat et cette rupture sera considérée comme un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc. 25 juin 2003, *Technoram*, *Grands arrêts*, n° 83, *D.* 2003. 2396, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2003. 824 note G. Couturier et J.-E. Ray), avec toutes les conséquences indemnitaires qui s'ensuivent (sur ces conséquences, v. n°s 482 et s.).

Les enjeux pratiques de la définition du contenu du contrat de travail sont donc importants. Il faut aussi rappeler que la question est tout de même de savoir quel est, en droit, l'étendue de la soumission des salariés à leur employeur. Ce qui revient à fixer les limites juridiques du pouvoir subit dans leur vie professionnelle par la grande majorité des citoyens.

§ 2 Objet du contrat de travail

91

Le contrat de travail est un contrat par lequel, en échange d'un salaire, une personne s'engage à fournir un travail subordonné. Cette définition, qui peut sembler évidente, a pourtant fait l'objet de vifs débats.

Black plaque (98,1)

Personne ne discute l'objet de l'obligation due par l'employeur, à savoir le salaire. Le débat porte sur ce que le salarié offre en échange. Cette contrepartie caractérise le contrat de travail et focalise l'attention. C'est d'elle qu'il est question lorsque l'« objet du contrat de travail » est débattu.

Certains auteurs analysent cet objet du contrat de travail comme une partie de la personne même du salarié, à savoir sa force de travail (v. not. Thierry Revet et, avec plus de nuances, Alain Supiot). Cette analyse rendrait l'employeur titulaire d'un droit de jouissance qui porterait sur la personne même du salarié, sur son corps comme sur son esprit.

Cette vision correspond à l'observation de certains faits. À l'occasion des rapports de travail, l'employeur semble bien parfois disposer librement du corps et de l'esprit du salarié. Les rapports de travail peuvent au demeurant conduire le salarié dans des situations extrêmement dangereuses, affecter sa santé, briser son esprit, etc. Et ceci explique de nombreuses règles de droit (par exemple toute la législation sur l'hygiène et la sécurité). Dans les rapports de travail, il peut donc y avoir, il y a souvent, une sorte de main mise de l'employeur sur son subordonné. Mais qu'il y ait ainsi un risque *en fait* de voir une emprise s'exercer sur la personne physique, ne signifie nullement qu'il y a *un droit* de l'employeur à exercer une telle emprise.

Reconnaître que l'objet du contrat de travail est la force de travail, c'est traiter le contrat de travail comme une sorte de bail. Ce serait un contrat par lequel l'employeur obtient le droit d'user de la force de travail du salarié et d'en retirer les fruits. User et retirer les fruits : il s'agit de l'*usus* et du *fructus*, soit de deux des attributs du droit de propriété. La question de la « commercialité » du corps est toujours controversée. Mais, la convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage et ratifiée par la France est, elle, tout à fait claire. Elle définit l'esclavage comme « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». Pour cette raison l'employeur ne saurait se voir consentir aucun droit réel, aucun *usus*, ni aucun *fructus* sur une personne humaine ou sur cette partie de la personne humaine qu'est sa force de travail.

Au demeurant, si l'employeur a dans certains cas le pouvoir juridique de donner des ordres, il n'a jamais celui de contraindre physiquement le salarié. En droit, il lui est interdit de se saisir de la force de travail. Le salarié peut la mettre à son service ce qui est tout à fait différent. Le salarié reste juridiquement seul maître de son corps et de son esprit.

■ 92 Par contrat de travail, le salarié se contente donc de s'engager à fournir un certain travail et à obéir à certains ordres. Il ne se soumet pas complètement, corps et âme. Il n'offre pas n'importe quel travail, ni n'accepte d'obéir à n'importe quels ordres. Les obligations doivent avoir un objet déterminé (art. 1129 C. civ.). Il offre *un* travail et *une* subordination.

La prestation due par le salarié est ainsi toujours circonscrite par le contrat. Elle l'est quant à la nature du travail promis, quant au lieu dans lequel il sera fourni et quant au temps qui lui sera consacré. La détermination de ces trois dimensions forme, avec la précision du salaire, le contenu de base du contrat individuel de travail.

Black plaque (99,1)

section 3

Le contenu de principe du contrat

93 Le contrat individuel de travail est en principe un acte consensuel, qui n'est soumis à aucune condition de forme. Le contrat peut donc fort bien ne pas être écrit (v. n° 194). Il est alors parfois difficile, *a priori*, de découvrir son exact contenu.

Longtemps les juges du fond ont été laissés à eux-mêmes. Ils devaient tenter de rechercher ce contenu du contrat *in concreto*, au cas par cas, et se laisser guider par une hypothétique recherche de la volonté tacite des parties. Depuis l'arrêt *Le Berre*, la Cour de cassation a décidé, dans un louable souci de sécurité juridique, de reprendre au moins en partie son contrôle. Et ce afin de tracer quelques grandes lignes, de préciser une sorte de contenu de principe, du contrat individuel de travail.

Ce contenu part de la manière dont les rapports de travail se sont effectivement déroulés. Il y a là un premier noyau, à partir duquel le juge essaie de tracer une zone contractuelle. Cette zone sera un peu plus large, en principe, que ce qui a été pratiqué. Ce qui offre à l'employeur un champ d'action, un espace dans lequel il pourra, sans l'accord du salarié, faire évoluer les rapports de travail.

La nature (D), le lieu (B) et le temps (C) du travail seront ainsi précisés, dans une certaine mesure, par le contrat. Il faut aussi, bien entendu, qu'un salaire soit prévu (A).

A. Nature contractuelle du salaire

94 Le salaire est nécessairement contractuel. C'est *en échange* d'un salaire que le salarié accepte de se soumettre aux commandements de l'employeur. Le salaire est la contrepartie, la cause, du pouvoir de l'employeur. Il ne saurait être simultanément l'objet sur lequel porte ce pouvoir. Toute modification du salaire, même minime est donc une modification du contrat de travail. C'est ce qu'a affirmé, à de nombreuses reprises la Cour de cassation (Soc. 28 janvier 1998, *RJS* 1998, n° 274, obs. E. Dockès, p. 168 ; Soc. 3 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 109 ; *RJS* 1998, n° 417 ; Soc. 18 juillet 2000, *Bull. civ*. V, n° 288 ; Soc. 29 janvier 2003, *RJS* 2003, n° 414).

Cette solution est tout à fait générale. Elle vaut, aussi pour une diminution de rémunération provoquée par une convention collective nouvelle, et ce même si cet effet n'est qu'indirect. Ainsi, une baisse du salaire provoquée par l'application d'une convention collective réduisant la durée du travail ne peut s'imposer aux salariés qu'après l'acceptation « claire et non équivoque » de chaque salarié (v. not. Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ*. V, n° 109 ; Soc. 13 novembre 2002, *RJS* 2003, n° 42).

95 Cette nature contractuelle du salaire a connu cependant une étrange atténuation. Lorsqu'une prime, un complément du salaire, est prévue par un engagement unilatéral, la dénonciation dans les formes de cet engagement suffit à détruire l'élément de salaire en question (pour la destruction unilatérale d'une prime de 13e mois issue d'un usage d'entreprise, v. Soc. 13 février 1996, *Bull. civ*. V, n° 53). Le salarié se voit alors priver d'une part de sa rémunération par décision unilatérale de l'employeur.

L'idée de la Cour de cassation est qu'il s'agit d'un supplément issu d'une source spéciale, distincte, qui ne s'incorpore pas au contrat individuel de travail.

Cette solution est tout à fait discutable. Lorsqu'un salarié consent, par contrat, à travailler sous la subordination d'autrui moyennant un salaire, il le fait en considération de tous les éléments de rémunération auquel il a droit. Il ne distingue pas selon l'origine de cet avantage. Tous les éléments de rémunération sont des contreparties du travail. Ils sont donc, par définition, la cause de l'engagement du salarié. Et, même si elle est née en dehors du contrat, cette cause-contrepartie ne peut qu'être intégrée au support contractuel.

Le refus jurisprudentiel d'intégrer au contrat les primes issues d'usages ou d'engagements unilatéraux est limité aux éléments secondaires du salaire. Le salaire de base demeure, lui, nécessairement contractuel, quelle que soit son origine. Lorsque le salaire de base est fixé par un usage d'entreprise ou par un engagement unilatéral, une dénonciation dans les formes ne permet pas à l'employeur de fixer unilatéralement le montant des salaires. À la suite d'une telle dénonciation, le montant du salaire de base sera soit maintenu par décision du juge, soit fixé par le commun accord des parties (Soc. 28 octobre 1998, *Bull. civ*. V, n° 435). Le salaire ne peut donc dépendre *exclusivement* du bon vouloir de l'employeur. Mais il peut en dépendre largement, pour peu que l'employeur ait eu l'habileté d'exprimer par simple engagement unilatéral de nombreuses primes. Admettre un tel pouvoir sur la contrepartie du pouvoir est assez choquant.

B. Nature du travail

■ 96 Un salarié est embauché pour exercer un certain type de tâche et ne peut se voir contraindre à exécuter des tâches qui sortent de ses attributions contractuelles. La difficulté est de préciser, au cas par cas, quelles peuvent être les attributions contractuelles de tel ou tel salarié.

Le seul point qui soit clair est que la qualification du travail et les responsabilités du salarié sont des éléments du contrat. Un salarié embauché pour tel type de tâche qualifiée ne peut être muté sur une tâche qui suppose une autre qualification sans son accord, même si cette mutation équivaut à une promotion (Soc. 22 octobre 2002, *RJS* 2002, n° 1351) et la réduction des responsabilités d'un salarié est une modification de son contrat de travail (Soc. 28 janvier 2005, *Bull. civ*. V, n° 35).

Lorsque la demande de l'employeur ne modifie pas l'ampleur des responsabilités du salarié et qu'elle ne le fait pas non plus sortir de sa qualification, les choses sont plus difficiles. Toute modification des tâches habituellement réalisées par le salarié n'est pas une modification du contrat de travail. Si les tâches sont connexes ou de même nature, la demande fait en général partie du pouvoir de l'employeur. Ainsi, par exemple, il peut être demandé à une ouvrière agricole chargée de la cueillette de citrons d'effectuer l'engainage de bananes (Soc. 10 mai 1999, *Bull. civ*. V, n° 791) ou à une femme de ménage affectée à l'entretien des appartements des copropriétaires d'effectuer le nettoyage des parties communes de l'immeuble (Soc. 24 avril 2001, *Bull. civ*. V, n° 128). En revanche, dès que le type de travail diffère franchement et qu'il n'est pas habituellement associé à la tâche du salarié, on tombe vite dans la modification du contrat de travail (pour un veilleur de nuit en droit de refuser d'effectuer le dressage des couverts pour le petit-déjeuner, v. Soc. 24 janvier 2001, *RJS* 2001, n° 563).

Il est à noter que la mise à disposition du salarié auprès d'une autre société, ce qui équivaut pourtant à modifier le détenteur du pouvoir de direction, n'est pas automatiquement considérée comme une modification du contrat de travail (Soc. 15 mars

Black plaque (101,1)

2005, *Bull. civ.* V, n° 88). Ainsi, en droit positif actuel, il est possible d'imposer un nouveau dirigeant au salarié sans qu'il puisse s'y opposer. L'employeur choisit le salarié en fonction de sa personne. Le salarié, en revanche, consent à son emploi et n'a rien à dire sur la personne de son chef. Le contrat de travail serait un étrange contrat dont l'*intuitu personae* ne protégerait que l'employeur.

C. Lieu de travail

97 Le principe a été fixé par un arrêt du 4 mai 1999, *Hczysczyn**. Aux termes de cet arrêt, le changement de lieu de travail relève du pouvoir de l'employer tant que le salarié reste dans un même « secteur géographique ». En revanche, la mutation d'un salarié en dehors de ce secteur est une modification du contrat de travail. Toute la question est de préciser quel est l'étendue de ce fameux « secteur géographique ». La Cour de cassation se garde bien de donner une quelconque indication à cet égard. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Hczysczyn**, l'espèce concernait une mutation de Versailles à Chartes, qui occasionnait une augmentation du temps de trajet du salarié d'une demi-heure. Pour la Cour d'appel il s'agissait d'un élément du pouvoir de l'employeur. En cassant cette décision d'appel, la Cour de cassation signifie que, pour elle, Versailles et Chartes ne sont pas dans le même « secteur géographique ».

Mais cette solution-là n'est guère généralisable. L'appréciation du champ normal de mobilité intégré au contrat peut en effet varier notamment selon les fonctions du salarié (v. Soc. 22 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 15, arrêt qui considère qu'il découle de la « spécificité des fonctions » d'un chef de chantier ayant statut de cadre de pouvoir être déplacé, exceptionnellement, en dehors de sa région de travail habituelle). Dès lors on peut penser que Versailles et Chartes pourraient entrer dans le même secteur géographique, pour des salariés ayant un autre profil que M. Hczysczyn.

En bref, une importante zone de flou demeure. Et l'on voit mal comment il serait possible d'en sortir, la marge de mobilité « normale » ne pouvant que varier d'une espèce à l'autre.

On doit donc simplement conserver de la jurisprudence deux idées : le lieu de travail est un élément du contrat, mais ce lieu n'est contractuellement fixé qu'avec une certaine souplesse, laquelle dépend notamment du type de profession du salarié.

D. Temps de travail

98 Il est nécessaire, en matière de temps de travail, de bien distinguer la durée du travail de la répartition du travail. La question de la durée du travail vise le nombre d'heures effectuées. La question de la répartition touche à l'organisation de l'emploi du temps, à la précision du moment où ces heures seront effectuées (pour une étude plus détaillée de ces questions, v. n° 311 et s.)

1. *Répartition du temps de travail*

99 Le choix des horaires de travail est en principe laissé par la Cour de cassation au pouvoir de l'employeur (en ce sens, v. not. Soc. 17 octobre 2000, *Bull. civ.* V, n° 327, changements du rythme journalier ; v. Soc. 17 octobre 2000, *Bull. civ.* V, n° 328 pour un changement du rythme hebdomadaire). Seules les grandes lignes sont contractuelles. Ainsi l'accord préalable du salarié est nécessaire pour le passage d'un horaire fixe à un horaire variable (v. Soc. 14 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 365) ou encore pour le passage, même partiel, à un horaire de nuit (Soc. 7 avril 2004, *Bull. civ.* V,

Black plaque (102,1)

n° 107, une vendeuse de supermarché, jusqu'ici employée en journée, a le droit de refuser de nouveaux horaires comportant des « nocturnes » jusqu'à 22 h).

Pour les salariés à temps partiel, les variations d'horaires peuvent conduire à une instabilité de plus grande ampleur que pour les salariés à temps plein. Elles peuvent aussi empêcher ces salariés de rechercher une activité complémentaire. Aussi, pour les salariés à temps partiel, le législateur a prévu expressément que la répartition de leurs horaires était contractuelle et qu'elle ne pouvait donc être modifiée sans l'accord du salarié, sauf, il est vrai quelques importantes exceptions dûment réglementées (v. art. L. 212-4-3 ; L. 3123-14 et s. recod. C. trav. et v. n°s 288 à 292).

2. *Durée du travail*

■ 100 Par le biais des heures supplémentaires, la durée du travail peut être augmentée unilatéralement par l'employeur, dans une certaine mesure. Depuis 1961, la Cour de cassation affirme que l'employeur dispose d'un pouvoir d'ordonner aux salariés la réalisation d'heures supplémentaires, sans que ceux-ci puissent les refuser (Soc. 20 mars 1961, *Dr. soc.* 1961. 424, note J. Savatier). Cette position a depuis été réitérée à plusieurs reprises (v. par exemple, Soc. 12 mars 1996, *RJS* 1996, n° 549 ; Soc. 9 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 103 ; *Dr. soc.* 1999. 630, obs. P.-H. Antonmattéi). Ce pouvoir unilatéral reste cependant limité. D'une part, l'employeur doit respecter la réglementation des heures supplémentaires et, d'autre part, la Cour affirme qu'au-delà d'un certain nombre d'heures, dès lors que celles-ci deviennent systématiques, l'exigence de l'employeur s'analyse en une offre de modifier le contrat, offre que les salariés peuvent refuser (Soc. 16 mai 1991, *Dr. soc.* 1994. 863, obs. J. Mouly). Même ainsi limité, le pouvoir d'ordonner unilatéralement des heures supplémentaires permet à l'employeur de se saisir d'une partie du temps libre du salarié. Cette faculté conduit ainsi à douter de l'existence d'un temps véritablement libre, où le salarié serait complètement à l'abri de l'employeur (v. aussi n° 312 et *réf. cit.*).

La baisse de la durée du travail dans la mesure où elle conduit à une réduction du salaire est, en revanche, nécessairement une modification du contrat de travail, même si elle est minime (Soc. 23 janvier 2001, *Bull. civ.* V, n° 19).

Cette solution, logique, connaît cependant une étrange exception. L'employeur peut imposer à ses salariés une mise au chômage partiel, même si celle-ci se traduit pour eux par une perte de salaire (Soc. 18 juin 1996, *Gury*, *Bull. civ.* V, n° 252 ; *Grands arrêts*, n° 76). La seule condition mise à cette faculté de l'employeur par la jurisprudence est qu'elle entre dans le cadre du chômage partiel indemnisé (ce qui limite la mesure à une perte de travail de 600 heures par an). Il demeure que cette mesure peut amputer la rémunération des salariés de manière conséquente (pour une critique de cette solution, v. n° 388).

section 4

Les clauses d'accroissement du pouvoir

■ 101 Le contrat de travail est, dans la très grande majorité des cas, un contrat d'adhésion. Le candidat à un emploi accepte ou refuse ce que propose l'employeur. Il n'est pas en mesure de tenter de modifier les termes de telle ou telle clause. Même si en droit le

Black plaque (103,1)

contrat est bien issu de la commune volonté des parties, en fait, le contenu du contrat est le plus souvent imposé au salarié, déjà bien content de trouver un emploi. Il n'est donc pas rare de trouver des clauses du contrat qui ont pour objet de renforcer le pouvoir de l'employeur. Certaines d'entre elles, comme les clauses d'essai, sont même devenues quasiment des clauses de style. Et l'on voit éclore toutes sortes de clauses de variation, de mobilité. Sans parler des clauses qui ont pour objet de lier le salarié en dehors ou au-delà du lien de subordination, comme les clauses de non-concurrence ou d'exclusivité.

Ces clauses peuvent être valides, mais elles ne le sont qu'à plusieurs conditions (A). Et la stipulation d'une clause illicite peut engager la responsabilité de l'employeur (B).

A. Conditions de validité

102 D'une part, en vertu de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, aucune clause du contrat individuel ne peut restreindre un droit de l'homme ou une liberté fondamentale du salarié, sans être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. C'est le cas, par exemple, des clauses qui portent atteinte à la vie privée, au libre choix du domicile (Soc. 12 janvier 1999*), ou encore au libre choix d'une activité professionnelle (Soc. 10 juillet 2002, *Barbier*, sur cet arrêt annexé au chapitre 9, v. n° 210 et s.).

D'autre part, en vertu de l'article 1129 du Code civil les obligations contractuelles doivent être déterminées ou déterminables. Une clause qui rendrait tel ou tel aspect de la relation de travail totalement indéterminée serait donc nulle, par application de ce texte. La Cour de cassation ne s'est d'abord engagé que timidement dans cette direction. Ainsi la clause, on ne peut plus floue, qui prévoyait que « l'employeur peut changer l'horaire de travail selon les nécessités du service », a été jugée « inopérante » par la Cour de cassation (Soc. 5 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 206).

Ce type de solution tend cependant aujourd'hui à se généraliser. Ainsi, ont été invalidées des clauses de mobilité au motif qu'elles ne définissaient pas de manière suffisamment précise leur zone géographique d'application (Soc. 7 juin 2006* ; Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 241 ; *RDT* 2006. 313-314, obs. J. Pélissier). Et la Cour a saisi l'occasion pour noter qu'une clause de mobilité « ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée » (Soc. 7 juin 2006*), confirmant ainsi le lien entre exigence de détermination de l'objet (art. 1129 C. civ.) et prohibition des conditions potestatives (art. 1174 C. civ.). Sont ainsi clairement sans effets les clauses de mobilité qui fixent leur champ d'application sur toutes les implantations de l'employeur : un tel champ est nécessairement indéterminé, puisqu'appelé à varier selon l'évolution des implantations de l'entreprise (v. les arrêts précités).

103 Le salaire, contrepartie de la subordination, est un objet sur lequel la subordination ne saurait porter. Un salaire peut bien entendu être variable, s'il respecte les minima légaux et conventionnels et s'il est basé sur des éléments objectifs, indépendant de la volonté unilatérale de l'employeur. En revanche, toute clause de flexibilité qui accorderait un pouvoir de l'employeur sur le salaire est nulle (v. not. Soc. 2 juillet 2002, *Saucier*, *Bull. civ.* V, n° 229 ; *Grands arrêts*, n° 52). Et ce de manière très générale : « une clause du contrat de travail ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié » (Soc. 16 juin 2004). Les juges excluent, de plus, qu'un tel pouvoir de faire varier le salaire puisse résulter, indirectement, d'une clause de mobilité (Soc. 15 décembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 336).

Black plaque (104,1)

Il s'agit d'une question de cohérence du droit. Encore une fois, accorder un pouvoir sur la cause du pouvoir est inacceptable.

Il faut dès lors regretter que la Cour de cassation ne soit pas allée au bout de cette logique et qu'elle considère encore que les primes issues d'engagements unilatéraux peuvent être détruites unilatéralement par l'employeur, sans que l'accord du salarié soit requis (sur cette jurisprudence et sur sa critique, v. n° 95).

Certaines clauses de mobilité spécifiques sont l'objet d'une réglementation légale spéciale. C'est le cas notamment des clauses permettant une variation des horaires des salariés à temps partiel (sur la réglementation de ces clauses, v. n°s 288 à 292).

B. Sanction de l'illicéité d'une clause

■ 104 Lorsqu'une clause du contrat de travail est illégale, elle est, bien entendu, inopposable aux parties. Mais cette sanction a pu sembler insuffisante en pratique. Souvent, en effet, les salariés se sentent liés par leur contrat écrit. Ils obéissent ainsi aux clauses illicites. Et, lorsque le juge vient constater l'illicéité, il est trop tard : le salarié a obéi et il a donc subi ce qui s'analyse, le plus souvent, en une restriction illégitime de ses droits fondamentaux. L'apparente légalité de la clause a causé un préjudice. Et ce préjudice a été causé par le caractère illicite de la clause. S'agissant d'un contrat d'adhésion, cette illicéité est entièrement imputable à celui qui a rédigé et imposé l'écrit contractuel, à savoir à l'employeur.

Ce raisonnement est suivi par la Cour de cassation. Un salarié qui a obéi à une clause illicite du contrat et a subi de ce fait un préjudice, doit recevoir, de la part de l'employeur, des dommages-intérêts permettant la réparation de ce préjudice (v. à propos d'une clause de non-concurrence, Soc. 18 mars 2003, *Bull. civ*. V, n° 98 ; Soc. 11 janvier 2006, *Bull. civ*. V, n° 8 ; *Dr. soc.* 2007. 465-466, obs. J. Mouly ; *RTD civ*. 2006. 311, obs. J. Mestre et B. Fages ; Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-42706 ; Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46721, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Pélissier et à propos d'une clause d'exclusivité, Soc. 25 février 2004, *Bull. civ*. V, n° 64). La Cour de cassation précise même que le seul respect d'une clause de non-concurrence illicite « cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue » (Soc. 11 janvier 2006 ; 18 octobre 2006 ; 15 novembre 2006, *préc.*), ce qui revient à exiger des juges du fond qu'ils n'éludent pas la responsabilité encourue par l'employeur du fait des clauses illicites du contrat, même s'ils restent souverains dans l'appréciation de ce préjudice (Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 121 ; *Dr. soc.* 2006. 688, obs. J. Mouly).

■ 105 Il faut remarquer et apprécier le réalisme dont fait ici preuve, une fois de plus, la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle rejette l'abstraction juridique qui voudrait qu'un contrat soit le fruit des deux parties au contrat. Elle reconnaît que la clause illicite n'est nullement imputable au salarié, même si celui-ci l'a signée. L'employeur est reconnu être juridiquement l'auteur exclusif de la clause illicite. Et c'est donc lui qui doit subir pleinement la charge d'indemniser le préjudice subi du fait de cette illicéité.

Black plaque (105,1)

section 5

Les clauses d'accroissement du contrat

Une clause contractuelle peut, bien évidemment, réduire le champ du pouvoir de l'employeur. Si, par exemple, une clause du contrat fixe un lieu de travail ou des horaires précis, ce lieu ou ces horaires doivent, logiquement être considérés comme des éléments du contrat. Le contrat dit ce qui est contractuel : voilà qui semblait être une pure lapalissade.

Pourtant, par deux arrêts du 3 juin 2003, *Suret* et *Résoserv** (*Bull. civ.* V, n° 185) la Cour de cassation a su démontrer aux juristes qu'il fallait douter de tout. Par ces arrêts, la Cour affirme que la clause qui fixe le lieu de travail dans un contrat écrit n'a pas valeur contractuelle, mais qu'elle n'a que « valeur d'information » (dans le même sens, v. not. Soc. 21 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 26 ; Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 102). Dans les affaires *Suret* et *Résoserv*, une salariée entendait user de la clause de son contrat pour refuser une mutation. La Cour lui répond qu'elle avait tort de se fier ainsi au contenu de son contrat. La clause écrite du contrat était totalement dépourvue de la force obligatoire des contrats. Pour qu'une disposition contractuelle sur le lieu de travail ait valeur contractuelle, encore faut-il qu'elle le dise expressément. Sa seule position dans un contrat n'y suffit pas.

Ces clauses contractuelles sans valeur contractuelle, sont dites par les arrêts n'avoir que « valeur d'information ».

Voilà une drôle d'information. Une clause qui dit que le lieu de travail est fixé à Antony, doit être lue comme : « vous travaillerez dans un secteur géographique peu défini, mais qui inclut au moins l'Est et le Sud de la région parisienne (la salariée avait été mutée, dans l'arrêt *Resoserv* d'Antony à Chaville, lesquels sont distants de 13 km, ce qui représente un temps de trajet, aux heures des bouchons, que les parisiens apprécieront). Et vous pourrez être mutée, en n'importe quel point de ce secteur, selon les bons désirs de votre employeur ». La clause écrite apparaît alors trompeuse, voire mensongère. Ce ne sont pas des clauses d'information que la Cour de cassation a découvertes. Ce sont des clauses de désinformation (en ce sens v. J. Pélissier*).

Pour l'instant seules les clauses concernant le lieu sont touchées. Mais rien ne dit que la contagion n'ira pas plus loin. Bientôt, peut-être, une clause qui dira « vos horaires quotidiens seront, les jours ouvrés, de 8h à 12h et de 14h à 17h », signifiera « vous pourrez travailler à n'importe quels horaires de jour, selon le bon vouloir de l'employeur ».

Après les clauses contractuelles qui ne sont pas contractuelles, peut-être verra-t-on bientôt apparaître des dispositions de la Constitution qui ne sont pas constitutionnelles ou des dispositions légales qui ne sont pas légales ? Lorsque la Cour de cassation devient hypercréative, tout devient possible...

Il demeure qu'en l'absence d'élargissement de l'étrange jurisprudence *Suret* et *Resoserv*, hors du temps de travail, les clauses du contrat conservent valeur contractuelle. Elles ne peuvent dès lors faire l'objet de modification sans l'accord des deux parties au contrat.

Black plaque (106,1)

section 6

Contrôle de l'exercice du pouvoir

■ 107 À l'intérieur d'une sphère délimitée par le contrat, l'employeur a un droit de commander, un pouvoir. Celui-ci n'est pas discrétionnaire. Il fait l'objet d'un contrôle de l'abus de droit (v. par exemple 29 janvier 2002, *Bull. civ.* V, n° 39 ; *Grands arrêts*, n° 51). Ce contrôle est l'occasion, pour la Cour de cassation, de transposer dans une certaine mesure la jurisprudence administrative sur l'abus de pouvoir. Un ordre peut être abusif soit dans la forme, soit au fond.

Dans la forme, peut être abusif l'ordre donné trop brutalement ou qui ne laisse pas au salarié le temps de s'adapter au changement qui lui est demandé. La brutalité de l'ordre donné peut encore, dans certaines espèces, servir d'indice d'un abus au fond. Ainsi, dans l'arrêt du 23 février 2005*, la Cour retient la « précipitation suspecte » dont a fait preuve l'employeur comme indice d'une utilisation détournée du pouvoir de direction.

Au fond, est abusif l'ordre qui n'est pas donné « dans l'intérêt de l'entreprise ». La question se reporte alors sur la preuve de l'intérêt de l'entreprise.

Par deux arrêts du 23 février 2005* (v. l'arrêt annexé et celui du même jour rendu à propos du pourvoi n° 03-42018) la Cour de cassation a tenté de clarifier l'administration de la preuve en la matière : « la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ».

La formule apparaît assez complexe. Le pouvoir est bien le fruit d'une habilitation contractuelle. Son exercice est bien l'exercice d'une prérogative contractuelle. La référence à la bonne foi contractuelle comme légitimation *a priori* du pouvoir n'a rien d'incongru. En revanche les conséquences tirées de cette « bonne foi » apparaissent étranges.

Il en résulte, nous dit la Cour, qu' « il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à ("l'intérêt de l'entreprise") ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ». Bref, il appartient au salarié, qui se plaint d'un abus de droit, ou plutôt d'un abus de pouvoir, de démontrer cet abus.

Cette attribution de la charge de la preuve n'est rien d'autre que l'application du droit commun de la preuve. Ce qui est tout à fait étrange est que, selon la Cour, cette répartition de la charge de la preuve enlève tout pouvoir d'appréciation au juge : « les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ». Est-ce à dire que le salarié doit essayer de prouver, mais qu'en face de lui il doit trouver un juge ayant l'obligation de ne pas apprécier les éléments de preuve qu'il apporte ? Est-ce à dire que le juge aurait sur ces sujets l'obligation de n'être en rien actif quant à la recherche de la preuve, en violation de toutes les règles d'administration de la preuve existantes en matière prud'homale ? Aucune de ces interprétations ne paraît possible. Il semble simplement que la Cour de cassation par cette motivation contradictoire ait simplement voulu

Black plaque (107,1)

envoyer aux juges du fond un message peu juridique : le pouvoir de l'employeur est susceptible d'abus, notamment en cas d'exercice du pouvoir en dehors de l'intérêt de l'entreprise. Mais, s'il vous plaît, ne soyez pas trop dur dans l'appréciation de cet abus. Autant que possible, laissez le pouvoir s'exercer et limitez votre contrôle ! Un peu comme si la Cour voulait laisser au juge un pouvoir d'appréciation, tout en le limitant aux erreurs manifestes d'appréciation. Outre la crainte légitime qu'une telle fermeture relative du contrôle du pouvoir peu susciter, on regrettera ici l'opacité avec laquelle la Cour de cassation a choisi de s'exprimer.

Ainsi, le contrôle du pouvoir par la voie de l'abus de droit semble encore relativement difficile. En revanche, ce ne sont pas seulement les actes de pouvoir de l'employeur qui sont soumis à ce contrôle : l'abstention d'agir de l'employeur peut, elle aussi, s'avérer abusive. Peut ainsi être condamné l'employeur qui s'abstient de sanctionner un salarié harceleur. Peut aussi être condamné l'employeur qui refuse la mutation d'une salariée, alors que celle-ci était contrainte pour des raisons familiales de déménager et qu'il existait des postes pouvant lui convenir aux alentours de son nouveau lieu de résidence (Soc. 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-40639). Ces obligations qui imposent au titulaire d'un pouvoir d'en user semblent pour l'instant cantonnées aux espèces où un droit fondamental peut être invoqué à l'appui de l'obligation d'agir (droit à la sécurité, droit à une vie familiale normale...). Leur importance n'en est pas moins croissante, avec l'essor, en droit du travail, de la problématique des droits fondamentaux (v. n° 147 et s.).

Black plaque (108,1)

Biblio

Sur la place du contrat individuel en droit du travail

- P. Durand, « À la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944. I. 337.
- G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.* t. 13, 1968, p. 59.
- A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988. 540.
- A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299.
- Ph. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS* 1999. 383.
- J.-M. Béraud, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », in *Études offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 55 et s.
- E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Études offertes à J. Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 203et s.

Sur la bonne foi

- C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc*. 2004. 706.

Sur la jurisprudence *Le Berre*

- J. Pélissier, « Difficultés et dangers de l'élaboration d'une théorie jurisprudentielle : l'exemple de la distinction entre la modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », in *Mélanges offerts à P. Couvrat,* PUF, 2001 p. 101 et s.

Sur l'objet du contrat de travail

- T. Revet, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc*. 1992. 860.
- A. Supiot, *Critique du droit du travail*, coll. « Les voies du droit », PUF 1994, spéc. p. 51 et s.
- J. Savatier, « La liberté dans le travail », *Dr. soc*. 1990. 49 et s.

Sur les clauses de mobilité et de flexibilité

- E. Dockès, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. soc.* 1997. 140 et s.
- J. Pélissier, « Pour un droit des clauses du contrat de travail », *RJS* 2005. 499.

Sur la jurisprudence *Suret et Resoserv*

- J. Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles », *RJS* 2004. 3-6.

Black plaque (109,1)

Documents

Le contenu de principe du contrat

Soc. 4 mai 1999, *Hczysczyn*, *Grands arrêts*, n° 50 ; *Bull. civ.* V, n° 186

« Attendu que M. Hczyszyn a été embauché par la société Paul Jacottet le 16 décembre 1968 en qualité de cadre comptable ; que, par lettre du 2 février 1993, la société, se référant à une note de service du 21 janvier 1993, l'a informé qu'en raison d'un transfert de ses bureaux de Versailles à Chartres, il devait se présenter à compter du 15 décembre 1993 dans les nouveaux bureaux ; qu'estimant que ce changement constituait une modification de son contrat de travail, M. Hczyszyn l'a refusé et a imputé à la société la rupture du contrat ; que, le 26 février 1993, la société a licencié le salarié pour faute grave ;

Attendu que, pour décider que le licenciement était justifié par une faute grave, la cour d'appel énonce que le salarié, qui reconnaît que l'utilisation de son véhicule personnel n'aurait augmenté la durée du trajet quotidien que d'environ une demi-heure…

Attendu, cependant, que le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si le lieu de travail auquel était affecté M. Hczyszyn était situé dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment et si, dès lors, le déménagement constituait une modification du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Les clauses illicites

Soc. 12 janvier 1999, *Bull. civ.* V, n° 7

« Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ».

Soc. 27 février 2001, *Bull. civ.* V, n° 60

« La clause, par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier, tout ou partie, le contrat de travail, est nulle comme contraire aux dispositions de l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le salarié ne pouvant valablement renoncer aux droits qu'il tient de la loi (…) ».

Soc. 16 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 166

« Une clause du contrat de travail ne peut permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié ».

Black plaque (110,1)

Soc. 7 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 209 ; *RDT* 2006. 313-314, obs. J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2006. 926, note F. Favennec-Héry

« La clause contenue dans son contrat de travail imposait au salarié une mobilité sur toute la zone d'activité de son employeur qui, depuis 1991, avait été étendue à l'ensemble du territoire national ;

Attendu, cependant, qu'une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée ».

Sanction des clauses illicites

Soc. 25 février 2004, *Bull. civ.* V, n° 64

« La clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d'un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et n'est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ;

(...) la nullité d'une telle clause (permet) au salarié d'obtenir réparation du préjudice ayant résulté pour lui de cette clause illicite ».

Le contrôle du pouvoir

Soc. 23 janvier 2002, *RJS* 2002, n° 392, 2e esp.

Attendu que M. Pujo et M. Rouyre, au service de la société SAS Telf en qualité de chauffeurs routiers ont été licenciés pour avoir refusé une mutation malgré la clause de mobilité insérée à leur contrat de travail ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir des indemnités de rupture ; (...)

Mais attendu que la cour d'appel, après avoir justement rappelé que la clause de mobilité ne pouvait être mise en œuvre que dans l'intérêt de l'entreprise, a constaté que l'employeur avait affecté le salarié à Pau trois mois après la signature d'un nouveau contrat comportant une clause de mobilité, alors qu'il travaillait depuis 1987 à Toulouse, sans pouvoir justifier cette mutation par un motif objectif ; qu'elle a ainsi, sans encourir le grief du moyen, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : Rejette les pourvois

Soc. 23 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 64 ; *Dr. soc.* 2005. 576, note J. Mouly (sur cet arrêt v. le corrigé de l'exercice)

« Sur le moyen unique :

Attendu que Mme Caulier, salariée depuis 1989 de la société Leviel, y exerçait en dernier lieu des fonctions d'accueil et administratives dans une succursale située à Soissons ; qu'en décembre 2000, son employeur lui a notifié sa mutation dans un autre magasin situé à Saint-Quentin en application d'une clause de mobilité de son contrat de travail stipulant qu'elle s'engageait, compte tenu de la structure de l'entreprise, à travailler dans les départements de l'Aisne et de la Marne ;

Black plaque (111,1)

qu'à la suite de son refus, elle a été licenciée pour faute grave, mais que l'arrêt confirmatif attaqué (Amiens, 12 mai 2004) a décidé que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que la société Leviel reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi statué en se fondant sur des motifs tirés du fait qu'elle ne démontrait pas que la mutation de Mme Caulier était conforme à l'intérêt de l'entreprise, alors, selon le moyen :

1/ qu'il appartient au salarié de rapporter la preuve du détournement de pouvoir de l'employeur lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité et non à l'employeur de justifier des motifs pour lesquels il a eu recours à cette clause ;

2/ que le salarié ne peut s'opposer à la mise en œuvre d'une clause de mobilité géographique prévue à son contrat de travail qu'en cas de détournement de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, de sorte qu'auraient été violés les articles 1315 et 1134 du Code civil et l'article L. 122-4 du Code du travail ;

Mais attendu que, la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle ; que, nonobstant un motif erroné faisant état de la nécessité pour la société Leviel de démontrer que sa décision d'appliquer la clause de mobilité était conforme à l'intérêt de l'entreprise, il ressort d'autres motifs, propres ou adoptés, que les conditions dans lesquelles la décision relative à la mutation avait été prise procédaient d'une précipitation suspecte vis-à-vis d'une salariée ayant une telle ancienneté et qui, peu de temps avant, avait fait l'objet de deux avertissements fondés sur des griefs non établis ; que le moyen ne peut, dès lors, être accueilli ;

PAR CES MOTIFS, REJETTE le pourvoi ».

Les clauses informatives

Soc. 3 juin 2003, *Resoserv, Bull. civ.* V, n° 185

« … la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu… »

J. Pélissier, « Clauses informatives et clauses contractuelles », *RJS* 2004. 6

« La solution retenue dans les deux arrêts du 3 juin 2003 apparaît contestable à un double titre. La clause du contrat mentionnant le lieu de travail, traduisant la volonté commune des parties, est une clause contractuelle qui ne peut, en application de l'article 1134 du Code civil, être modifiée que par un accord des cocontractants. Même si, par l'effet d'une déqualification injustifiée, la clause fixant le lieu de travail est considérée comme une simple clause d'information, elle ne laisse pas l'auteur de l'information libre de faire exécuter la prestation de travail dans un autre lieu. Décider le contraire est assimiler l'information à la désinformation. »

Black plaque (112,1)

Quiz

Sujet corrigé : commentaire d'arrêt

Énoncé

Commentez l'arrêt du 23 février 2005 reproduit au-dessus.

Corrigé

De nombreux plans sont possibles. On se contentera d'en donner un exemple.

I. La bonne foi

L'utilisation de la bonne foi permet de rattacher le pouvoir au contrat, mais elle permet aussi de légitimer, *a priori*, l'exercice du pouvoir.

A. Le pouvoir contractuel

La bonne foi « contractuelle » légitime l'acte de pouvoir. La Cour reconnaît ainsi que le pouvoir est issu du contrat. Pareille solution s'oppose avec clarté à la théorie institutionnelle du pouvoir et conforte l'idée que le contrat est bien la norme qui habilite le pouvoir de l'employeur. On peut en profiter pour resituer le débat entre contrat et institution (v. n°s 13 et 17).

B. Le pouvoir légitimé

Présumé exercé de bonne foi, le pouvoir bénéficie, selon l'arrêt d'une légitimité présumée. Cette solution est discutable. Le pouvoir n'est pas une prérogative comme les autres. Dans un système juridique qui pose comme valeurs fondamentales la liberté et l'égalité, la place du pouvoir entre personnes privées n'est pas aussi évidente que l'arrêt semble le penser. Le pouvoir porte en effet atteinte à l'égalité, le soumis étant traité en inférieur du soumettant et il porte atteinte à la liberté du soumis. Limitation de la liberté et de l'égalité, soit des deux principes juridiques fondateurs des systèmes juridiques démocratiques, le pouvoir paraît *a priori* suspect. Il est restriction des droits et liberté des personnes. Et, par l'article L. 120-2 (L 1121-1 recod.) du Code du travail, ce devrait être au détenteur du pouvoir de démontrer la légitimité de son pouvoir et la conformité de son acte à cette légitimité.

II. Le rôle du juge

A. Une limitation du rôle du juge

Il s'agit ici de commenter la phrase : « les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ». Si l'on en reste à cette phrase, c'est un retour au pire temps du droit du travail, à l'époque où l'on disait que le juge ne pouvait intervenir dans l'intérêt de l'entreprise, l'employeur étant « seul juge » de cet intérêt de l'entreprise (Soc. 31 mai 1956, *Brinon*, *JCP* 1956. II. 9397, note Esmein ; *D*. 1958. 21, note Levasseur ; Soc. 15 janvier 1960, *Bull*. *civ*. V, n° 49 : « l'employeur (...) est seul juge de savoir quels sont les salariés qu'il doit conserver dans l'intérêt de son entreprise »). Ces solutions ont été abandonnées avec fermeté à partir les années 1980. La Cour de cassation serait-elle tentée par un retour en arrière ?

Black plaque (113,1)

B. À la portée douteuse

Le salarié est appelé à prouver que l'acte de l'employeur a été pris « pour *des raisons étrangères* » à l'intérêt de l'entreprise. Il paraît difficile d'inciter le salarié à apporter des éléments de preuve en ce sens et d'interdire au juge de les apprécier. De même, l'arrêt réserve l'hypothèse d'un salarié qui aurait démontré que le pouvoir n'a pas été exercé de bonne foi (qu'il a été exercé « dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »). La bonne foi n'est donc qu'une présomption susceptible de preuve contraire. N'y aurait-il dans l'arrêt, finalement qu'une affirmation classique de l'idée selon laquelle la charge de la preuve de l'abus incombe à qui l'invoque ? En ce sens, on rappellera qu'en l'espèce un employeur avait fait preuve de « précipitation suspecte », dans un contexte qui laissait à penser qu'un détournement de pouvoir avait eu lieu et que cette motivation suffit à la Cour pour rejeter le pourvoi formé contre la décision d'appel ayant condamné l'employeur.

Le souhait de la Cour de cassation d'inciter les juges à restreindre leur contrôle est bien perceptible. Mais la portée de cette volonté reste douteuse.

Black plaque (115,1)

chapitre 5

Le pouvoir disciplinaire

Black plaque (116,1)

Plan analytique

section 1

Notion de « sanction disciplinaire » : le domaine du droit disciplinaire

section 2

Notion de faute disciplinaire

section 3

Sanctions prohibées

§ 1 Les sanctions pécuniaires

§ 2 Les sanctions disproportionnées

§ 3 Les sanctions discriminatoires

§ 4 Interdiction du cumul des sanctions et prescription des fautes

section 4

Procédure

section 5

Le refus de la sanction

section 6

Sanctions d'un exercice illégal du pouvoir disciplinaire

5

Le pouvoir disciplinaire

108

Le pouvoir disciplinaire est un droit de punir qui désobéit aux ordres. Il est l'expression ultime du pouvoir de direction, son fer de lance. Comme tel, il est sans doute le mode d'exercice du pouvoir qui a le plus vite concentré sur lui la méfiance. Sa manifestation la plus inacceptable était l'amende, qui permettait à l'employeur de reprendre d'une main ce qu'il avait accordé de l'autre. Elle fut prohibée par la loi du 5 février 1932. Hors cette limite, le pouvoir disciplinaire resta longtemps un pouvoir peu contrôlé, si ce n'est par la jurisprudence qui, occasionnellement, faisait application de la théorie de l'abus de droit. Ce n'est qu'à partir de la loi du 4 août 1982 qu'une véritable réglementation du pouvoir disciplinaire a été adoptée. Depuis cette loi, le pouvoir disciplinaire de l'employeur est strictement encadré.

Il n'en demeure pas moins une curiosité, puisqu'il autorise l'employeur, contre tous les principes habituels, à être juge et partie et à se faire justice à lui-même.

Partie saillante du pouvoir de direction, le pouvoir disciplinaire a, avec le pouvoir réglementaire de l'employeur, concentré l'essentiel des débats existant autour du fondement du pouvoir patronal (sur ces débats v. n°s 8 à 17). La doctrine contractuelle, y voit un pouvoir accordé par contrat. Alors que les contrats de travail n'étaient pas réglementés, elle a donné lieu à des excès terribles, comme l'arrêt « des sabots » du 14 février 1866*. La théorie institutionnelle lui a succédé, et l'on a vu le pouvoir disciplinaire être qualifié d'« inhérent à la qualité de patron », avec des résultats similaires, à savoir l'absence de limites de ce pouvoir (Soc. 16 juin 1945, *Poliet et Chausson*, *Grands arrêts*, n° 63 ; *Dr. soc*. 1946. 427, note P. Durand). Aujourd'hui qu'un droit disciplinaire légal a été mis en place et que le contrat n'est plus gouverné par une quelconque souveraineté des parties, la Cour de cassation est revenue à une interprétation contractuelle (v. Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry, Bull. civ*. V, n° 320 ; *Grands arrêts*, n° 65). Il est symptomatique que ce retour à une interprétation contractuelle, expurgée des défauts de la conception originelle, a eu comme effet immédiat d'accroître la protection des salariés : l'arrêt affirme en effet un droit du salarié de refuser une sanction qui modifierait son contrat de travail (v. n° 126).

Le droit disciplinaire s'applique dès qu'une mesure de l'employeur est qualifiée de « sanction disciplinaire » (section 1). Pour qu'une telle sanction soit valide, elle doit être fondée par une faute (section 2), être d'un type que le droit autorise (section 3), être prononcée suivant une procédure (section 4) et être acceptée par le salarié si elle réalise une modification du contrat de travail (section 5). L'exercice illégal du pouvoir disciplinaire est diversement sanctionné (section 6).

Black plaque (118,1)

section 1

Notion de « sanction disciplinaire » : le domaine du droit disciplinaire

■ 109 L'enjeu de la qualification de « sanction disciplinaire » n'est nullement de dire que telle ou telle mesure est valide. Il s'agit au contraire de dire que telle mesure s'annonce suspecte, dangereuse et qu'elle doit être passée au crible du droit disciplinaire avant de pouvoir être considérée comme valide. Ceci explique la définition légale de la notion de « sanction disciplinaire ». Aux termes de l'article L. 122-40 (L. 1331-1 recod.) du Code du travail* : « Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ».

Il est nécessaire de commenter mot à mot cette définition pour bien la comprendre.

■ 110 « Constitue une sanction *toute mesure, autre que les observations verbales,...* ».

Le rejet des observations verbales s'explique par la volonté de ne pas procéduraliser excessivement la vie de l'entreprise. Il est possible à l'employeur de faire des observations verbales sur le travail de ses salariés, même si elles sont désobligeantes, sans devoir passer par toute une procédure, sans envoi de lettre recommandée, etc.

En revanche, en visant « toute » mesure le texte ne distingue pas entre les mesures positives ou négatives. Une mesure peut être qualifiée de « sanction » même si elle est un gain, une promotion par exemple, pourvu qu'elle satisfasse aux autres éléments de la définition (Soc. 15 décembre 2005, *Dr. soc.* 2006. 460, obs. P. Waquet). Les « promotions » qui visent à écarter un salarié considéré comme gênant doivent ainsi passer par la procédure disciplinaire.

■ 111 « Constitue une sanction toute mesure (...) prise par l'employeur *à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, ...* » : il faut se rappeler que l'enjeu de la qualification de sanction disciplinaire est l'application de protections. Pour que ces protections s'appliquent, il faut qualifier la mesure de l'employeur de « sanction disciplinaire ». On comprend alors que la qualification de « sanction » ne demande pas que la mesure ait été, en vérité, fondée par une faute. Une sanction disciplinaire doit, pour être licite, être fondée par une faute. Mais la protection est d'autant plus nécessaire lorsqu'il n'y a pas de faute. Ainsi, par exemple, un salarié qui adhère à un syndicat ne commet aucune faute. Il se peut cependant que l'employeur n'apprécie pas ce comportement, qu'il le perçoive négativement. Il s'agira alors d'un « comportement considéré (par l'employeur) comme fautif ». Si l'employeur prend une mesure « à la suite » de ce comportement, comme une mutation par exemple, cette mesure sera considérée comme une sanction disciplinaire, ce qui permettra l'application des protections du droit disciplinaire. En l'espèce ces protections seront particulièrement utiles. Le droit disciplinaire permettra de dire la sanction illégale et même discriminatoire. C'est justement dans ce type d'hypothèse, lorsqu'il n'y a de faute que dans

Black plaque (119,1)

l'esprit de l'employeur, que la protection du droit disciplinaire est la plus importante et que la qualification de « sanction disciplinaire » est la plus nécessaire.

« ... toute mesure (...) *que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non* la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération » : deux interprétations de ces termes sont possibles, selon les mots sur lesquels porte le « ou non ». 112

Première interprétation : le « ou non » porte sur l'adverbe « immédiatement ». Le texte se lit alors ainsi est une sanction « ... toute mesure (...) *que cette mesure affecte immédiatement ou à terme* la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Pour être sanction, il faut affecter. Ce peut être immédiatement ou à terme, mais il faut affecter. Ce peut être la présence du salarié qui est affectée à terme. Ce sera le cas, par exemple, d'un avertissement, lorsqu'il est convenu qu'au troisième avertissement un licenciement pourra être envisagé. Mais une mesure comme un changement de bureau ou la suppression d'une place de parking, dès lors qu'elle n'affecte ni immédiatement, ni à terme « la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération » n'est pas une sanction. Alors, l'employeur pourra, pour punir un salarié, à la suite d'un comportement qu'il considère comme fautif, prendre toutes sortes de mesures d'apparence bénigne, mais qu'il espérera vexantes, voire humiliantes, sans jamais avoir à suivre la procédure disciplinaire, sans que le salarié puisse contester la réalité de sa faute, sans que l'employeur ait à motiver la mesure en aucune manière, bref, sans que le droit disciplinaire ne s'applique.

Seconde interprétation : le « ou non » porte sur le verbe « affecter ». Le texte se lit alors ainsi : est une sanction la mesure qui « affecte ou qui n'affecte pas la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Pour qu'il y ait sanction, il suffit que la mesure ait été prise à la suite d'un agissement considéré par l'employeur comme fautif. Hors les observations verbales, spécifiquement écartées, toutes les mesures pourront alors faire l'objet de protections : les changements de bureau, comme les suppressions de place de parking, comme toutes les autres petites mesures, qui sans affecter l'une des grandes dimensions de la relation de travail, peuvent affecter gravement la vie quotidienne d'un salarié.

La première interprétation a eu clairement la préférence de la jurisprudence. Un arrêt de 1985 a tranché en sa faveur (Soc. 27 février 1985, *Bull. civ*. V, n° 122). Mais l'arrêt est aujourd'hui un peu ancien et il n'est pas certain qu'il exprime encore la doctrine de la Cour de cassation. Il n'a toujours pas été contredit, mais ses effets sont atténués par la jurisprudence récente. La Cour considère en effet aujourd'hui très facilement que les mesures punitives de l'employeur sont des sanctions. Elle prend parfois le soin de justifier sa solution en disant que les mesures affectent, au moins à terme la présence, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié (v. Soc. 7 décembre 1999, *Bull. civ*. V, n° 476). Mais cette justification est parfois omise, la Cour se contentant alors de dire pour qualifier de sanction qu' « il s'agissait de mesures dépassant la simple observation verbale, prises par l'employeur à la suite d'agissements du salarié considérés par lui comme fautifs » (v. Soc. 4 mars 2003, pourvoi n° 00-46742, non publié au *Bulletin*). Une telle formulation semble opter pour la seconde interprétation... 113

Il semble donc que la jurisprudence n'est, pour le moins, plus aussi ferme qu'en 1985. D'autant que la seconde interprétation est de loin préférable.

Black plaque (120,1)

Le choix de la première interprétation permet certes à l'employeur d'avoir les coudées plus franches sans être encombré de procédures. Elle présente cependant l'inconvénient de priver de toute protection des salariés qui subissent des mesures punitives. Et elle semble jouer un peu sur les mots en considérant que des mesures ouvertement punitives ne sont pas disciplinaires. Que l'employeur puisse ainsi punir à répétition des salariés sans jamais décider de sanction disciplinaire apparaît un peu étrange. D'autant que, l'article L. 122-41 (L. 1332-2 recod.) du Code du travail* tranche en faveur de la seconde interprétation : ce texte qualifie de « sanction » une mesure « qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié... ». Pour ces raisons, la solution retenue par la Cour en 1985 apparaît éminemment critiquable. Et il faut espérer que la tendance actuelle, qui va à l'encontre de cette jurisprudence, sera prochainement confirmée.

section 2

Notion de faute disciplinaire

■ 114 La subordination qui est consentie par contrat de travail est une subordination professionnelle, limitée. En dehors de son temps de travail, en principe, le salarié redevient un être humain en tout point égal à l'employeur. L'employeur n'a plus alors sur lui de pouvoir disciplinaire. La faute commise par le salarié en dehors sa vie professionnelle, en dehors de son contrat de travail peut être grave, elle peut être pénalement répréhensible. Mais elle ne peut fonder une sanction disciplinaire de l'employeur. Le pouvoir disciplinaire de celui-ci ne s'étend pas au-delà de la sphère contractuelle. Le pouvoir disciplinaire est l'accessoire du pouvoir de direction. Seule une désobéissance du salarié à ce pouvoir peut justifier une sanction.

La faute disciplinaire, celle qui peut fonder une sanction du même nom, est donc une violation d'un commandement issu du pouvoir de direction. Celui-ci étant issu du contrat de travail, on peut aussi dire que la faute disciplinaire est une violation du contrat de travail par le salarié, une faute contractuelle. La jurisprudence s'est prononcée clairement en ce sens à plusieurs reprises en exigeant, pour justifier une sanction disciplinaire, une faute qui soit une violation des obligations qui lient le salarié « à l'égard de son employeur » (v. not. Soc. 4 juillet 2000, *Bull. civ.* V, n° 263. *Adde*, Soc. 28 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 249 ; Soc. 21 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 115).

Il en découle que le pouvoir disciplinaire ne peut sanctionner des fautes qui se rattachent à la vie privé du salarié (Soc. 14 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 175 ; 15 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 279 ; 27 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 249), y compris celles commises aux lieux et temps de travail (v. chapitre 6, Soc. 2 octobre 2001, *Nikon**), y compris lorsque celles-ci, constitutives d'infractions pénales, ont conduit le salarié à être placé en détention provisoire (Soc. 26 février 2003*). Mais il faut bien comprendre qu'il y a là plus qu'une simple protection de la vie privée, plus qu'une application de l'article 9 du Code civil et des conventions internationales qui garantissent ce droit. Hors de la sphère contractuelle, la vie du salarié, qu'elle soit privée ou publique, professionnelle ou non, est hors d'atteinte du pouvoir de l'employeur et donc de son pouvoir disciplinaire (v. par ex. Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 05-41374, à paraître au *Bulletin*,

Black plaque (121,1)

qui refuse la qualification de faute disciplinaire d'un blocage de péage, réalisé par l'employé de ce péage, mais hors de son temps de travail et à l'occasion d'une manifestation publique).

115 Cependant, lorsque certains comportements du salarié « bien qu'étrangers à ses activités professionnelles, (ont) créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise », une résurgence du pouvoir disciplinaire a parfois été reconnue par la Cour de cassation (v. Soc. 3 décembre 2002 et, dans le même sens quoique suivant une formulation différente, Soc. 2 décembre 2003, *Bull. civ*. V, n° 304).

La solution peut, dans certains cas, se comprendre. Le salarié d'une crèche qui aurait commis des coups et blessures sur enfant mineur, même en dehors des temps et lieu de travail, doit pouvoir être licencié. On ne garde pas, dans une crèche, un salarié dont le tempérament violent sur enfants a été démontré. Il en va de la sécurité des enfants de la crèche. Ce salarié doit même pouvoir être licencié immédiatement, sans attendre la durée du préavis. On comprend que la procédure de licenciement pour faute grave, qui comporte la possibilité d'une mise à pied conservatoire, puisse être mise en œuvre dans une telle situation.

Ceci s'explique par le choc de deux principes également incontestables : l'employeur doit veiller à la sécurité dans l'entreprise et le pouvoir disciplinaire s'arrête là où s'arrête le pouvoir de direction. La conciliation de ces deux principes serait la mise en place d'une procédure de licenciement immédiat, analogue à celle du licenciement pour faute grave, dans les cas où un fait qui n'est pas une faute disciplinaire conduit l'employeur à licencier, pour d'impérieux et immédiats motifs de sécurité, un salarié. En l'absence d'une telle procédure spéciale, il semble acceptable que la jurisprudence étende la procédure de mise à pied conservatoire à de telles hypothèses, l'impératif de sécurité l'emportant alors sur le principe de cantonnement du pouvoir disciplinaire. Ce type de raisonnement peut permettre de comprendre, la solution de l'arrêt du 2 décembre 2003 (*préc.*), lequel considère étrangement comme une faute « professionnelle » la conduite en état d'ivresse, *hors des temps et lieu de travail*, d'un conducteur de poids lourd.

Compréhensible, cette solution n'est cependant pas optimale, une meilleure conciliation entre les principes de sécurité et de protection de la vie privée étant possible. La reconnaissance d'une mise à pied conservatoire pourrait en effet être acceptée par la jurisprudence, en dehors de tout contexte disciplinaire, simplement pour raison de sécurité. Cette mesure conservatoire pour cause de sécurité n'aurait alors pas d'impact sur les conséquences indemnitaires du licenciement, qui resterait un licenciement pour motif personnel non disciplinaire.

116 Hors de tout problème de sécurité, la faute extraprofessionnelle, commise hors des temps et lieu de travail, échappe totalement au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Si elle constitue un trouble caractérisé dans l'entreprise, elle ne peut justifier qu'un licenciement *pour motif personnel non disciplinaire*, avec application de la procédure de droit commun du licenciement. Cette solution, logique, a été réaffirmée récemment par l'arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation du 18 mai 2007*. L'arrêt d'appel avait retenu l'existence d'un trouble objectif généré par un fait qui relevait de la vie privée du salarié. Elle en avait déduit qu'une sanction de rétrogradation était en l'espèce justifiée. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif qu'un trouble objectif ne saurait permettre en lui-même de fonder une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié, en l'absence de « manquement aux obligations résultant de son contrat ».

Black plaque (122,1)

Cet arrêt semble mettre un terme définitif aux doutes qu'avait fait naître l'arrêt du 3 décembre 2002 (*Bull. civ.* V, n° 361) lequel, en l'absence de tout problème de sécurité, avait noté que l'acte reproché au salarié, bien qu' « étranger à l'exercice (des) activités professionnelles » du salarié, n'en était pas moins « une faute grave » permettant le licenciement disciplinaire immédiat du salarié. Cette motivation peu convaincante, dernier résidu de la vision institutionnelle du pouvoir et contraire à de nombreux arrêts antérieurs, semble aujourd'hui clairement abandonnée. Et ce d'autant plus que, désormais, le Conseil d'État a rejoint la Cour de cassation dans le refus de prendre en compte comme motifs disciplinaires les fautes qui ne sont pas liées à l'exécution du contrat de travail (CE 4 juillet 2005, *Patarin*, n° 272193, *Lebon*, p. 306).

section 3

Sanctions prohibées

117 Même en présence d'une faute disciplinaire, toute sanction n'est pas valide, loin s'en faut. Certaines sanctions, même fondées par des fautes, sont prohibées. Il en va ainsi des sanctions pécuniaires (§ 1), des sanctions disproportionnées (§ 2), des sanctions discriminatoires (§ 3). Sont encore prohibés le cumul des sanctions (§ 4), et la sanction d'une faute prescrite (§ 5). Les sanctions doivent, enfin, avoir été prévues par le règlement intérieur, lorsque celui-ci est obligatoire, pour pouvoir être infligées par l'employeur (v. n° 134).

§ 1 Les sanctions pécuniaires

118 Depuis la loi du 5 février 1932, les amendes et autres sanctions pécuniaires sont interdites. Aujourd'hui, cette prohibition est prévue par l'article L. 122-42 du Code du travail (L. 1331-2 recod.).

119 Sont cependant autorisées les sanctions pécuniaires indirectes. La rétrogradation d'un salarié, par exemple, est une sanction licite, même si les nouvelles fonctions du salarié sont moins bien rémunérées que ses fonctions précédentes. Le raisonnement de la Cour de cassation est d'affirmer que cette réduction du salaire n'est pas une sanction pécuniaire, mais l'effet pécuniaire de la rétrogradation, laquelle est une sanction licite (Soc. 7 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 193). De même, une mise a pied prive le salarié de travail pendant un temps, et la réduction de salaire qui s'en suit n'est pas, pour la jurisprudence une sanction pécuniaire, mais la simple conséquence du principe « pas de travail, pas de salaire ». Plus encore, l'absence du salarié pendant ses jours de mise à pied peut le priver non seulement du salaire correspondant à ces jours de travail, mais encore de la prime d'assiduité prévue dans l'entreprise (Soc. 19 juillet 1994, *Bull. civ.* V, n° 164 et les obs. critiques de G. Borenfreund, *D.* 1995. Somm. 357). Les sanctions pécuniaires indirectes ne sont donc pas prohibées. Elles peuvent simplement être refusées par le salarié, une réduction de salaire étant une modification du contrat de travail (v. la jurisprudence *Le Berry*, n° 126).

Black plaque (123,1)

120 Une manœuvre pour essayer de contourner la prohibition des sanctions pécuniaires a été tentée par certains employeurs. Cette manœuvre consistait à créer une prime et à affirmer qu'elle sera supprimée, si tel ou tel comportement du salarié est réalisé. Si le comportement survient, l'employeur dira que les conditions d'octroi de la prime ne sont pas remplies. La jurisprudence a déjoué cette manœuvre. Dès lors que la réduction de prime est une mesure prise à la suite d'un comportement considéré par l'employeur comme fautif, elle est une sanction, une sanction déguisée en réduction de prime. Mais cette sanction est pécuniaire, donc prohibée. Cette solution, initiée par le Conseil d'État, (CE 12 juin 1987, *Sté Hapian Frère*, *Dr. soc.* 1987. 651) a été suivie, après un temps d'hésitation, par la Cour de cassation (Soc. 19 mai 1988, *Bull. civ.* V, n° 307). Ainsi, par exemple, une prime de « rétribution pour la qualité et la productivité », ne peut être réduite par l'employeur à la suite d'un comportement considéré par l'employeur comme fautif (Soc. 16 février 1994, *Bull. civ.* V, n° 56). De même, selon un autre arrêt du même jour (Soc. 16 février 1994, *Bull. civ.* V, n° 55), une prime d'assiduité supprimée doit être versée aux grévistes malgré leur absence : en l'espèce toutes les absences n'entraînaient pas une telle réduction, les congés légaux et conventionnels n'étant pas causes de réduction. Restaient donc comme causes de suppression de la prime les absences pour maladie, les absences injustifiées, et les absences pour fait de grève, soit des absences jugées négativement par l'employeur, considérées par lui comme fautives. Dans de telles conditions, la prime d'assiduité ne pouvait plus être supprimée, même en cas d'absence. L'arrêt en déduit qu'une prime d'assiduité ne peut être réduite qu'à la condition que toutes les absences, sans aucune distinction, soient prises en compte. La moindre distinction entre absences ferait penser à une distinction entre « bonnes » et « mauvaises » absences, ce qui ferait tomber la réduction de prime dans le champ des sanctions pécuniaire déguisées.

Le fait d'avoir eu recours à une sanction pécuniaire est pénalement sanctionné d'une amende pouvant aller jusqu'à 7 500 euros en cas de récidive (art. L. 152-1-5 C. trav. ; L. 1334-1 recod.).

§ 2 Les sanctions disproportionnées

121 En vertu de l'article L. 122-43 alinéa 2 (L. 1333-2 recod.) du Code du travail*, les sanctions disciplinaires doivent être « proportionnées » à la faute commise. Le juge est donc conduit, par commandement de la loi, à exercer un contrôle de proportionnalité sur les sanctions disciplinaires. Dans la typologie des contrôles du pouvoir qu'a dressée le Conseil d'État, le contrôle de proportionnalité est le plus détaillé des contrôles qu'un juge puisse être amené à exercer. Il ne s'agit pas d'un contrôle de l'opportunité, mais presque... L'intensité du contrôle ainsi légalement ordonné est l'effet le plus évident de la méfiance que suscite le pouvoir disciplinaire. Méfiance qui apparaît justifiée, tant il est vrai que le droit d'être juge et partie et de se faire justice à soi-même ne sont guère habituels, dans les systèmes juridiques démocratiques.

L'appréciation du caractère proportionné de la sanction devra se faire *in concreto*, au vu des données de l'espèce. Dans certaines entreprises, où un ton un peu cru est de rigueur, dire au chef d'entreprise « espèce d'andouille » pourra n'être qu'un signe affectueux, qui ne saurait légitimer aucune sanction. Dans une banque d'affaire aux habitudes langagières très strictes, il s'agira peut-être d'une faute grave pouvant légitimer un licenciement immédiat.

Black plaque (124,1)

§ 3 Les sanctions discriminatoires

■ 122 Une certaine individualisation des sanctions est autorisée. L'employeur n'est pas tenu de sanctionner de la même manière tous les auteurs d'une même faute, certains éléments de la relation de travail, comme l'ancienneté par exemple, pouvant le conduire à plus d'indulgence vis-à-vis des uns que vis-à-vis des autres. Une telle individualisation est simplement soumise au contrôle des juges qui vérifient qu'elle a été faite dans l'intérêt de l'entreprise et sans détournement de pouvoir (v. Soc. 1er février 1995, *Bull. civ.* V, n° 45 ; Soc. 31 mars 1998, *Dr. soc.* 1998. 732, obs. A. Jeammaud).

Il faut aussi, bien entendu, qu'une telle différenciation ne débouche pas sur une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par l'article L. 122-45 (L. 1132-1 recod.) du Code du travail. C'est au demeurant pour lutter contre les sanctions discriminatoires que ce texte, essentiel, a tout d'abord été adopté. Il est depuis devenu d'une portée beaucoup plus générale, et c'est pourquoi son étude détaillée doit être aujourd'hui sortie du cadre, devenu pour lui trop étroit, du pouvoir disciplinaire (pour cette étude, v. nos 155 et s.). Les discriminations sont, en outre, pénalement sanctionnée (art. 225-2 C. pén.).

§ 4 Interdiction du cumul des sanctions et prescription des fautes

■ 123 Une même faute ne peut être sanctionnée deux fois. Cette solution, inspirée de l'adage du droit pénal *non bis in idem*, est constamment affirmée par la jurisprudence (v. not. Soc. 25 juin 1986, *Bull. civ.* V, n° 333 ; Soc. 13 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 344). Il en résulte notamment que des fautes qui ont déjà fait l'objet d'un avertissement, ne peuvent plus justifier une autre sanction à eux seuls.

Ces fautes déjà sanctionnées peuvent en revanche être invoquées, pour aggraver l'évaluation faite de fautes nouvelles. Précédées par des fautes antérieures, les fautes nouvelles apparaissent comme des sortes de récidives. Elles peuvent dès lors être considérées comme plus graves et sanctionnées avec plus de sévérité.

L'invocation d'une faute ancienne pour aggraver l'évaluation d'une faute nouvelle est cependant limitée dans le temps : l'article L. 122-44 alinéa 2 (L. 1332-5 recod.) du Code du travail prévoit en effet : « Aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction ». Trois ans représentent donc, en droit disciplinaire, le temps de l'oubli. Et la faute qui a plus de trois ans d'âge ne pourra plus être invoquée, en aucune manière, par l'employeur.

Cette règle ne doit pas être confondue avec la règle qui interdit à l'employeur de sanctionner une faute qu'il connaît depuis plus de deux mois (art. L. 122-44 al. 1er C. trav. ; L. 1332-4 recod.). Une telle faute pourra être invoquée comme élément aggravant une faute postérieure. Mais, la faute qui a plus de deux mois d'ancienneté ne peut plus être qu'un élément aggravant. Elle ne peut plus être sanctionnée en elle-même. En d'autres termes, l'employeur qui prend une sanction disciplinaire fondée par plusieurs fautes successives doit pouvoir se prévaloir d'au moins une faute connue par lui depuis moins de deux mois.

Black plaque (125,1)

section 4

Procédure

124 Pour prononcer une sanction disciplinaire, tout employeur doit suivre une procédure, réglée par l'article L. 122-41 (L. 1332-1 et s. recod.) du Code du travail*.

Lorsqu'une sanction est « un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié », la procédure disciplinaire est allégée. L'employeur doit simplement s'assurer que le salarié est informé par écrit de la sanction et de sa motivation. En pratique, pour des raisons de preuve, une lettre informant le salarié de la sanction et des griefs qui la justifient doit être envoyée avec accusé de réception au salarié ou lui être remise en main propre, contre décharge. Cette procédure minimale est restée limitée, en pratique, aux avertissements et autres mesures analogues. Si la tendance se confirme d'une intégration au sein des sanctions disciplinaires des mesures n'ayant pas d'incidence, même à terme, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération (v. n°s 112 et 113), la procédure simplifiée devrait suffire pour prononcer ce type de sanction. Le texte de l'article L. 122-41 (L. 1332-2 recod.) n'est pas d'une limpidité parfaite à cet égard, puisqu'il parle de sanction de « même nature » que l'avertissement. Mais il faut à notre sens prendre la suite du texte comme une explicitation de ce que peut être cette « même nature » : une sanction « qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié » devrait alors être considérée comme analogue à un avertissement.

125 Lorsqu'en revanche la sanction a une incidence sur l'un de ces grands éléments de la relation de travail, la procédure disciplinaire complète doit être respectée.

La lettre motivée d'information du salarié de la procédure simplifiée devient, selon l'article R. 122-17, une « notification » en bonne et due forme, pour laquelle les formes sus-décrites sont expressément ordonnées. Ce qui ne change pas grand-chose, ces formes étant de faits nécessaires, pour des raisons probatoires, dans la procédure simplifiée.

Le principal ajout de la procédure complète est l'obligation, pour l'employeur, de réaliser un entretien préalable. L'employeur doit d'abord convoquer le salarié à l'entretien et cette convocation doit être écrite, préciser l'objet, la date, l'heure et le lieu de l'entretien et rappeler à l'intéressé qu'il a la faculté de se faire assister par un salarié de l'entreprise (art. R. 122-17). En revanche, il n'est pas nécessaire que cette lettre donne les griefs reprochés au salarié. Celui-ci n'en sera informé qu'au cours de l'entretien préalable. Le salarié est ainsi privé de la possibilité de préparer un peu sa défense. Ceci éclaire la signification de l'entretien préalable. Il s'agit plus d'une mesure de politesse, d'une obligation faite à l'employeur de dire face à face au salarié ce qu'il lui reproche, que de l'organisation véritable d'une procédure contradictoire.

L'entretien réalisé, l'employeur doit attendre au moins un jour franc avant de prononcer la sanction (art. L. 122-41 al. 2 ; L. 1332-2 recod., C. trav.). L'idée est d'éviter les mouvements impulsifs de l'employeur et de l'obliger à prendre le temps de la réflexion après avoir entendu le salarié. Il ne s'agit, bien entendu que d'une garantie

Black plaque (126,1)

formelle et, en pratique, la décision de sanctionner l'employeur a été arrêtée le plus souvent bien avant la convocation à l'entretien.

L'employeur doit de plus ne pas trop attendre pour sanctionner. Au-delà d'un mois après l'entretien préalable, l'employeur ne peut plus sanctionner les faits invoqués lors de l'entretien. L'absence de sanction pendant un mois équivaut, en quelque sorte, à une décision définitive de ne pas sanctionner.

Cette procédure est applicable y compris au licenciement pour motif disciplinaire. La procédure de licenciement pour motif personnel n'est pas alternative, mais cumulative (v. par ex. Soc. 5 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 52).

section 5

Le refus de la sanction

126 Lorsqu'une sanction disciplinaire touche à l'un des éléments du contrat de travail, le salarié est en droit de la refuser, comme il pourrait refuser n'importe quelle modification de son contrat. Cette solution a été clairement et définitivement affirmée par l'arrêt du 16 juin 1998, *Hôtel le Berry**. Cet arrêt, annoncé par l'arrêt *Saint Michel* du 21 février 1990 (*Bull. civ.* V, n° 74), et depuis confirmé à plusieurs reprises (v. not. Soc. 7 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 193), a mis en place une jurisprudence aussi ferme que débattue. Droit disciplinaire et droit de la modification du contrat de travail se juxtaposent : ils doivent être tous deux respectés par l'employeur pour que la sanction soit valide, si celle-ci emporte modification du contrat de travail. Une sanction modificatrice conforme au droit disciplinaire, mais faite sans l'accord du salarié ne vaut pas. De même une sanction modificatrice expressément acceptée par le salarié restera illicite si elle est faite en violation du droit disciplinaire, lequel est d'ordre public (pour l'annulation d'une sanction disciplinaire expressément acceptée par le salarié mais ordonnée en l'absence de toute faute disciplinaire, v. Ch. mixte 18 mai 2007*).

Si la sanction est refusée, l'employeur reste bien entendu libre d'adopter une nouvelle sanction. Il devra alors suivre à nouveau la procédure disciplinaire. La nouvelle sanction pourra être choisie parmi celles qui peuvent être imposées au salarié, soit parce qu'elles ne modifient pas le contrat de travail, soit parce qu'elle résilie ce contrat. Dans tous les cas, ce n'est pas le refus qui sera alors la cause de la seconde sanction, mais les faits initialement reprochés au salarié. Un éventuel licenciement ne sera donc licite qu'autant que les faits initialement reprochés peuvent être qualifiés de cause réelle et sérieuse de licenciement.

Cette faculté de nouvelle sanction est préservée par la computation des différents délais du droit disciplinaire. La convocation à l'entretien préalable interrompt le délai de prescription de deux mois de l'article L. 122-44 (L. 1332-4 recod.) (Soc. 9 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n° 304). L'édiction d'une première sanction interrompt aussi ce délai, jusqu'au refus du salarié. De plus, en cas de refus par le salarié d'une première sanction, le délai d'un mois maximum entre l'entretien préalable et la sanction (art. L. 122-41 ; L. 1332-2 recod., C. trav.) court à partir du nouvel entretien préalable en vue de l'adoption de la nouvelle sanction (Soc. 27 mars 2007, pourvoi n° 05-41921, *Bull. civ.* V, n° 57).

Black plaque (127,1)

127 Les adversaires de ce droit au refus du salarié défendent un pouvoir disciplinaire issu de la nature, des faits ou de la loi. Ils nient que ce pouvoir soit une expression avancée du pouvoir de direction qu'accorde le contrat de travail. L'employeur serait investi d'un droit de punir, assez général qui lui aurait été accordé indépendamment de la subordination contractuelle du salarié.

En contredisant cette position, qui n'est que la mise au goût du jour des anciennes lunes institutionnalistes, la Cour de cassation a affirmé la force du contrat, sa capacité à s'opposer au pouvoir de l'employeur. Cette solution est parfaitement conforme à l'idée d'un pouvoir né du contrat, et qui, par conséquent, doit respecter le contrat (pour une description plus détaillée de cette analyse, v. n° 87).

Il est symptomatique que des auteurs enclins à défendre les employeurs (v. not. C. Radé, cité en annexe) affirment ici que le pouvoir patronal est une donnée naturelle ou directement ordonnée par la loi, en bref une donnée supérieure au contrat individuel. La défense de l'employeur s'appuie ici sur des arguments franchement opposés à la doctrine libérale. En définitive, le libéralisme n'apparaît soutenu par certains milieux patronaux qu'autant qu'il renforce le pouvoir. Dès lors que l'idée de contrat peut être opposée au pouvoir, ces milieux n'hésitent pas à rejeter le libéralisme pour se rapprocher des doctrines autoritaires (sur ces doctrines, v. n°s 13 et 14).

section 6

Sanctions d'un exercice illégal du pouvoir disciplinaire

128 La sanction irrégulière, en la forme ou au fond, par violation de la loi ou d'une convention collective, *peut* être annulée par le juge (art. L. 122-43 C. trav.* ; L. 1333-2 recod. ; Soc. 17 janvier 1997, *Dr. soc.* 1998. 284, obs. A. Jeammaud). Le juge des référés, s'il ne peut annuler au fond, peut et même doit suspendre la sanction lorsqu'elle est manifestement illicite, même en présence d'une contestation sérieuse (art. R. 516-31 ; Soc. 23 novembre 1999, *Dr. soc.* 2000. 348 ; Soc 20 février 1991, *Dr. soc.* 1991. 469, note A. Mazeaud).

Le pouvoir d'annulation accordé aux juges qui statuent au fond subit cependant deux importantes limites.

Tout d'abord, il ne s'agit que d'une faculté d'annulation et les juges peuvent refuser cette annulation, même lorsqu'elle est demandée, pour se contenter d'accorder des dommages-intérêts en fonction du préjudice subis. En cas d'irrégularité de forme ou de fond, cette annulation est cependant généralement accordée.

Ensuite et surtout, l'article L. 122-43 alinéa 3 (L. 1333-3 recod.) du Code du travail* affirme que la faculté d'annulation qu'il accorde au juge à l'alinéa précédent ne s'applique pas au licenciement. Le droit commun du licenciement reprend alors ses droits et seule une condamnation à des indemnités de licenciement pour absence de cause réelle et sérieuse est possible (ce que confirme l'art. L. 1333-3 recod., *préc.*).

À ces sanctions du droit disciplinaire, il faut cependant ajouter les sanctions spécifiques des discriminations. Par application de l'article L. 122-45 alinéa 5, toute

Black plaque (128,1)

mesure discriminatoire, y compris de licenciement, est nulle « de plein droit ». Le juge qui constate qu'une sanction disciplinaire est discriminatoire sera donc tenu d'annuler cette sanction, même s'il s'agit d'un licenciement. Il ne s'agit plus d'une simple faculté (l'art. L. 1132-4 issu de la recodification, qui reprend ce texte, dit simplement « est nulle », sans que cela ne doive modifier en rien la solution pour l'avenir : l'indicatif valant impératif).

Black plaque (129,1)

Biblio

Sur les sanctions pécuniaires

- J. Pélissier, obs. sous CE 12 juin 1987, *D.* 1988. Somm. 104.
- G. Borenfreund, obs. sous Soc. 19 juillet 1994, *D.* 95. Somm. 357.

Sur le refus de la sanction

- En faveur du droit de refuser une modification disciplinaire du contrat

- J. Pélissier, « Modification substantielle du contrat de travail et droit disciplinaire », *D.* 1992. Chron. 30.

- Contre cette solution

- C. Radé, « À propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique », *Dr. soc.* 1999. 3.
- J. Mouly, « Disciplinaire donc non contractuel », *Dr. soc.* 2003. 395.

Documents

L'arrêt « des sabots »

Pour bien comprendre l'arrêt ci-dessous reproduit, il faut savoir qu'une amende de 10 francs représentait, en l'espèce, près de la moitié du salaire mensuel de la salariée. Il faut aussi savoir que, dans certains milieux, à l'époque, l'achat d'une paire de souliers représentait une dépense importante, alors que les sabots étaient communs et bon marché, quand ils n'étaient pas faits directement par leurs utilisateurs(trices).

Civ., 14 février 1866, *Bull. civ.* n° 34 ; *RDT* 2006. 30, obs. N. Olszak, arrêt dit « des sabots »

« Vu les articles 1134 et 1152 du Code Napoléon ;

Attendu que le jugement attaqué constate que les demandeurs ont fait afficher à la porte de leurs ateliers un règlement faisant défense à leurs ouvriers d'entrer dans lesdits ateliers avec des sabots, sous peine d'une amende de 10 francs ;

Que la femme Julliard, admise comme ouvrière dans la fabrique des demandeurs, a adhéré à ce règlement et qu'elle y a contrevenu ;

Attendu que, sans dénier que ce règlement eût un caractère conventionnel et obligatoire pour la femme Julliard, le jugement attaqué a néanmoins réduit à la somme de 50 centimes l'amende stipulée à titre de dommages-intérêts, sur le fondement que cette amende est d'une exagération évidente, et qu'aux termes de l'article 1231 du Code Napoléon, le juge peut modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ;

Mais attendu qu'aux termes des articles 1134 et 1152 du Code Napoléon, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ;

Black plaque (130,1)

Que, d'autre part, l'article 1231 du même Code devenait sans application à l'espèce, où il est constaté que non seulement la femme Julliard n'a pas exécuté en partie l'obligation principale, mais qu'elle y a contrevenu pour la totalité ;

D'où il suit qu'en jugeant comme il l'a fait, le jugement attaqué a faussement appliqué ledit article 1231, et, par suite, violé les articles ci-dessus visés :

Par ces motifs, CASSE ».

La faute disciplinaire

Soc. 30 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 429

« Les motifs allégués étaient tirés de la vie privée du salarié et (la Cour d'appel) n'a relevé aucun trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement incriminé du salarié (le licenciement est donc injustifié) ».

Soc. 26 février 2003, *Dr. soc.* 2003. 630, obs. J. Savatier

« Ayant constaté que le comportement incriminé du salarié était intervenu en dehors du travail et n'avait aucun lien avec l'activité professionnelle et que l'incarcération du salarié n'avait entraîné aucun trouble dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise, la cour d'appel a exactement décidé (...) que ce fait de vie personnelle ne constituait pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

Ch. mixte 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40803, à paraître au *Bulletin*

Le chauffeur du chef d'entreprise s'était fait envoyer une revue échangiste à son lieu de travail. Le contenu personnel de cette lettre, ouverte par erreur par les services du courrier, avait suscité un certain émoi et nuit à la réputation du chef d'entreprise dont le salarié était le chauffeur... Le salarié, en l'espèce, avait signé l'avenant entérinant sa rétrogradation disciplinaire.

« Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si M. X... avait donné son accord librement, et ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que le salarié conservant la faculté de contester la sanction dont il a fait l'objet, la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche dont s'agit ; que le moyen est inopérant... »

« ...le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; qu'en l'état de ces motifs dont il se déduisait que cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite... »

« ...Vu l'article 9 du code civil, ensemble l'article L. 122-40 du code du travail ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a retenu qu'il est patent que le document litigieux, particulièrement obscène, avait provoqué un trouble dans l'entreprise...

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu, d'autre part, que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie

Black plaque (131,1)

privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Le refus de la sanction

Soc. 16 juin 1998, *Hôtel le Berry*, *Bull. civ.* V n° 320 ; *Grands arrêts*, n° 65

« Attendu qu'une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieu et place de la sanction refusée ».

Black plaque (133,1)

chapitre 6

Le pouvoir réglementaire

Black plaque (134,1)

Plan analytique

section 1

Le règlement intérieur

§ 1 Nature du règlement intérieur

§ 2 Domaine du règlement intérieur

§ 3 Respect des droits de l'homme

§ 4 Contrôle

section 2

L'engagement unilatéral de l'employeur

§ 1 Domaine

§ 2 Régime

Black plaque (135,1)

129 Dès lors que le pouvoir de direction de l'employeur s'exprime par voie de disposition générale et permanente, il devient créateur de véritables règles de droit. Il s'exprime alors au sein des règlements intérieurs d'entreprise (section 1), lesquels sont, aux dires de la jurisprudence, de véritables « actes réglementaires de droit privé » (Soc. 25 septembre 1991*). Il s'agit de la première forme de pouvoir réglementaire de l'employeur à avoir été reconnue.

Plus tard, il est apparu à la jurisprudence que l'employeur pouvait aussi créer unilatéralement, par voie de disposition générale et permanente, de nouveaux avantages. Est alors apparue l'importante catégorie des engagements unilatéraux de l'employeur (section 2).

section 1

Le règlement intérieur

130 Le règlement intérieur est né de l'exercice par voie de disposition générale et permanente du pouvoir de direction de l'employeur. Il n'est sans doute pas la forme la plus dangereuse de ce pouvoir de direction, puisqu'en se réglementant le pouvoir devient plus transparent, plus prévisible, moins arbitraire donc. Il est cependant l'une des formes les plus visibles de ce pouvoir. Et, par la nature des règles qu'il peut contenir, il peut être un mode particulièrement ostensible d'atteinte aux droits et libertés des personnes.

Sa réglementation, initiée au début du siècle, est principalement le fruit de la loi du 4 août 1982.

131 Le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur. Il est obligatoire dans les entreprises d'au moins vingt salariés (art. L. 122-33, L. 1311-2 recod., C. trav.). Son adoption doit être précédée d'une consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel (L. 122-36 C. trav. ; L. 1321-4 recod.). Le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail doit aussi être consulté pour toutes les questions qui relèvent de sa compétence.

Le règlement intérieur fait l'objet d'une publicité obligatoire : affichage en bonne place dans les locaux de l'entreprise et dans les locaux du lieu où se fait l'embauche (art. R. 122-12), dépôt au secrétariat-greffe du Conseil de prud'hommes (art. R. 122-13). Il doit enfin être communiqué à l'inspecteur du travail, afin que celui-ci puisse contrôler sa légalité.

Ce n'est qu'une fois ces différentes formalités accomplies que le règlement intérieur est opposable aux salariés. Il est en revanche immédiatement obligatoire pour l'employeur, celui-ci ne pouvant se prévaloir d'une mauvaise réalisation des

formalités qui lui incombent pour refuser d'appliquer son règlement intérieur (Soc. 28 mars 2000, *Dr. soc*. 2000. 653).

§ 1 Nature du règlement intérieur

■ 132 Malgré plusieurs tentatives doctrinales présentant le règlement intérieur sur un mode institutionnaliste, cet acte de l'employeur a d'abord été perçu en jurisprudence comme une annexe du contrat individuel de travail. Le salarié, en contractant, était censé adhérer au règlement intérieur (v. par ex. Soc. 21 avril 1961, *Dr. soc*. 1961. 48, arrêt qui affirme qu'une disposition du règlement intérieur est « constitutive d'une clause du louage de service »). Cette conception n'était cependant guère satisfaisante. Non seulement le consentement du salarié était tacite, mais il était encore censé être réitéré, toujours tacitement, à chaque modification du règlement intérieur alors même qu'on ne demandait aucunement son avis au salarié et qu'il n'avait aucun droit de refuser une modification du règlement intérieur. Face à cette faiblesse de la conception contractuelle, la conception institutionnelle, basée sur l'idée d'un chef naturellement législateur, s'exprimait avec ses habituels relents d'autoritarisme, en exigeant la soumission du droit à la règle du plus fort.

Il est plus simple et plus cohérent de considérer que le règlement intérieur est bien le fruit du pouvoir de direction de l'employeur, tout en rappelant que ce pouvoir est issu du contrat. L'employeur a en effet le pouvoir de donner des ordres à ses salariés. Ces ordres ne sont pas nécessairement individuellement adressés, ni à exécution instantanée. Ils peuvent avoir pour destinataires une collectivité de travailleurs, et être doté d'une durabilité, d'une permanence. L'ordre de l'employeur a alors tous les caractères de la règle de droit. Il n'en faut pas plus pour constater, avec l'arrêt *Unigrain* du 25 septembre 1991* que le règlement intérieur est « un acte réglementaire de droit privé », ce qui revient à reconnaître le pouvoir réglementaire de l'employeur.

Ce pouvoir est aujourd'hui régi par la loi, sans que sa nature en ait été bouleversée. Il demeure l'expression du pouvoir de direction qu'accorde le contrat. De sorte qu'un règlement intérieur ne peut pas, bien entendu, modifier les contrats individuels de travail. Il est surtout symptomatique, en ce sens, de constater que lorsqu'un contrat de travail est suspendu et que par conséquent le pouvoir de direction l'est aussi, le règlement intérieur cesse d'être applicable aux salariés (Soc. 16 décembre 1968, *Bull. civ.* V, n° 593 ; Soc. 4 juillet 1972, *JCP* 1973. II. 17464, note J. Pélissier et, reprenant l'idée après la loi de 1982, CE 8 juillet 1988* ; CE 12 octobre 1992, *RJS* 1993, n° 32). Le sort du règlement intérieur suit ainsi le sort du pouvoir de direction, lequel est indissociable de celui du contrat.

§ 2 Domaine du règlement intérieur

■ 133 L'article L. 122-34 (L. 1321-1 recod.) du Code du travail fixe le contenu obligatoire du règlement intérieur. Il s'agit d'un contenu maximal, le règlement intérieur doit être expurgé de toute disposition qui n'est pas incluse dans ce domaine. Il s'agit aussi d'un contenu minimal : le règlement intérieur doit traiter de l'ensemble des domaines visés par le texte. Il s'agit enfin d'un domaine exclusif : toute règle relevant de ce domaine doit être incluse dans le règlement intérieur. Il en résulte que tout

Black plaque (137,1)

document informel, du type « note de service » ou « circulaire » appartenant au domaine du règlement intérieur est considéré comme un amendement à cet acte. Comme tel, il doit en suivre les conditions d'adoption et de publicité.

134 L'article L. 122-34 (L. 1321-1 recod.) pose deux principaux domaines devant être traités par le règlement intérieur.

Le premier est l'hygiène et à la sécurité (art. L. 122-34, al. 2 et 3 ; L. 1321-1, 1° et 2° recod.). Le règlement intérieur regroupe l'ensemble des normes d'application des obligations générales et particulières que l'employeur a en matière d'hygiène et de sécurité.

Le second est la discipline. Le règlement intérieur fixe, aux termes de l'article L. 122-34 alinéa 4 (L. 1321-1, 3° recod.) : « les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ». La « discipline » est le sujet le plus ouvert du domaine du règlement intérieur. Il ne s'agit pas des règles qui portent directement sur les modalités d'exécution du travail, mais de règles dont l'objet est d'aider au respect, à l'effectivité, des premières. Ainsi, l'organisation des horaires n'est pas un objet du règlement intérieur. En revanche les règles qui disposent : « il est strictement interdit d'arriver en retard » ou « les salariés doivent pointer en arrivant » appartiennent à ce règlement. L'obligation de fixer une échelle des sanctions a pour conséquence l'interdiction faite à l'employeur de prendre une sanction disciplinaire qui ne serait pas prévue par le règlement intérieur.

Outre ces deux domaines, le législateur a pensé que certaines publicités pourraient passer par le règlement intérieur d'entreprise. Ainsi, pour que l'information pénètre dans les entreprises, il est ordonné que soient incluses dans le règlement intérieur la teneur de la procédure disciplinaire applicable dans l'entreprise, les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle (*i.e.* not. art. L. 122-46 (art. L. 1153-1 et s. recod.) et L. 122-47 (L. 1153-6 recod.) C. trav.) et les dispositions relatives à l'interdiction du harcèlement moral (*i.e.* les art. L. 122-49 et s. C. trav. ; L. 1152-1 et s. recod.)

§ 3 Respect des droits de l'homme

135 Dans l'histoire de l'application des droits de l'homme le règlement intérieur à une place centrale. Parce qu'il était un lieu de violation ostentatoire des droits de l'homme, parce que ces violations étaient écrites et diffusées et qu'elles pouvaient être prouvées très facilement, parce qu'il faisait l'objet d'un contrôle administratif et donc d'une compétence du Conseil d'État, juridiction habituée à user des droits de l'homme pour contrôler les pouvoirs publics, le règlement intérieur a été le premier acte de personne privée a être effectivement et systématiquement soumis à une obligation de respecter les droits et libertés fondamentaux. L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt du Conseil d'État *Peintures Corona* du 1er février 1980*. L'idée fut vite reprise par le législateur, dans la loi du 4 août 1982. Selon l'article L. 122-35 (L. 1321-3, 2° recod.) du Code du travail alinéa 1er issu de cette loi : « Il (le règlement intérieur) ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». La formule a été reprise et généralisée, une dizaine d'années plus tard, par la loi du 31 décembre 1992. L'article

L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, créé par cette loi, dispose : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Les droits de l'homme ont ainsi acquis une vocation tout à fait générale à régir les actes des personnes privées. Leur importance rapidement croissante impose d'étudier leur impact dans un chapitre spécifique (v. le chapitre 7).

§ 4 Contrôle

■ 136 L'inspecteur du travail, auquel un exemplaire de chaque règlement intérieur est remis, possède un pouvoir de contrôle et d'injonction très étendu en la matière. Il peut ordonner à l'employeur la suppression, l'ajout, ou la modification de toute clause qui lui semble contrevenir soit à l'objet du règlement intérieur, soit aux lois et conventions collectives, soit être une restriction injustifiée aux droits et libertés des personnes. Ce contrôle n'est enfermé dans aucun délai. L'inspecteur du travail pouvant « à tout moment » exiger le retrait ou la modification d'une clause (art. L. 122-37 C. trav. ; L. 1322-1 et s. recod.) et ce peut-être même plusieurs années après l'adoption du règlement. Il doit simplement motiver sa décision.

La décision de l'inspecteur du travail peut donner lieu à un double recours hiérarchique. Un premier recours hiérarchique peut-être formé devant le directeur régional du travail et de l'emploi. Il doit être formé dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'inspecteur du travail. Suivant le droit commun, le directeur régional a alors quatre mois pour répondre. S'il ne décide pas dans ce délai, sa décision est considérée comme étant une décision de rejet du recours. La décision du directeur régional peut encore faire l'objet d'un recours hiérarchique, devant le ministre du Travail, selon les mêmes conditions de délai.

Ces différentes décisions de l'administration peuvent faire l'objet d'un recours contentieux en excès de pouvoir devant le juge administratif. C'est à la suite de tels contentieux que le Conseil d'État a pu préciser l'impact que devaient avoir les droits de l'homme sur la teneur des règlements intérieurs.

■ 137 Cette compétence administrative n'ôte pas toute compétence aux tribunaux judiciaires. Le règlement intérieur reste un acte de droit privé. Il peut être attaqué par voie d'exception, lorsqu'il a fondé une sanction disciplinaire contestée devant les conseils de prud'hommes. Ses clauses peuvent aussi faire l'objet d'une action en nullité devant le TGI. Simplement, pour tenter d'éviter les conflits avec l'autorité administrative, la Cour de cassation a prévu que ce recours ne pouvait avoir lieu sur des clauses ajoutées ou modifiées sur ordre de l'administration (Soc. 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 267, note A. Jeammaud).

Black plaque (139,1)

section 2

L'engagement unilatéral de l'employeur

138 L'engagement unilatéral de l'employeur est une source définitivement consacrée par la jurisprudence en 1990 (v. Soc. 4 avril 1990*). Malgré l'existence de nombreux signes précurseurs, cette date doit être retenue comme celle de la véritable reconnaissance officielle de ce type de normes. Cette source, dont la reconnaissance est donc relativement récente, a permis à la Cour de cassation de rassembler un ensemble jusqu'ici passablement disparate de règles « atypiques ».

Le domaine actuel de l'engagement unilatéral de l'employeur est donc relativement étendu. Son régime est aujourd'hui fixé avec précision et stabilité.

§ 1 Domaine

139 Il existe, en pratique, trois sortes d'engagements unilatéraux de l'employeur.

140 Les premiers sont les plus simples, les plus évidents. Ils peuvent être dits engagements unilatéraux « proclamés », puisqu'ils naissent simplement de l'affirmation, par l'employeur, de sa volonté d'accorder un avantage à ses salariés. De tels engagements s'expriment de toutes sortes de manières. Pour qu'elle vaille engagement, l'expression de la volonté de l'employeur doit simplement être suffisamment ferme pour avoir fait naître, dans l'esprit des salariés, une attente légitime. De tels engagements seront fréquemment découverts dans de les nombreux documents que produisent de manière informelle les entreprises, ces « circulaires » (Soc. 3 février 1993, *RJS* 1993, n° 337), « notes » (Soc. 5 mars 1987, *Bull. civ.* V, n° 115), et autres guides du personnel. On en trouvera de nombreux autres, au sein de textes unilatéralement adoptés suivant des formes plus officielles, comme les décisions du conseil d'administration (Soc. 17 mars 1993, *Dr. soc.* 1993. 457), les plans sociaux (Soc. 4 avril 1990, *préc.*), les procès verbaux de réunion du comité d'entreprise (Soc. 20 mai 1992, *RJS* 1992, n° 858). Seront encore des engagements unilatéraux les dispositions qui sont formellement incluses dans le règlement intérieur, sans pour autant appartenir à son domaine légal (Soc. 22 janvier 1992, *D.* 1992. Jur. 378, note B. Mathieu). On trouve encore des engagements unilatéraux dans les « recommandations patronales » qui valent injonction des organisations patronales à leurs membres d'appliquer les dernières propositions formulées lors d'une négociation de branche ayant échoué (il s'agit au demeurant du plus ancien des engagements unilatéraux ayant été reconnu comme tel, v. Soc. 31 mars 1981, *Dr. ouvrier* 1982. 106). En revanche, un engagement unilatéral suppose une volonté clairement exprimée, dotée d'une certaine solennité. Il ne saurait découler de simples commentaires figurant sur un document de travail sans valeur normative (Soc. 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-47408).

141 La deuxième catégorie d'engagements unilatéraux de l'employeur est composée d'accords conclus entre l'employeur et certains représentants des salariés. Ces accords, longtemps dits « atypiques », posent problèmes du fait du monopole de la négociation collective qui est accordé par la loi aux syndicats. Dès lors les accords

conclus entre l'employeur et des délégués du personnel, des membres du comité d'entreprise, un comité informel de grève ou toute autre instance qui n'est pas un syndicat représentatif de salariés ne sont pas valides comme accords collectifs. Plutôt que de les annuler, la Cour de cassation a préféré considérer comme non écrite la signature non valide émanant des salariés, de leurs leaders ou de leurs représentants. Cette signature invalidée, parce que non syndicale, il ne reste plus que la signature de l'employeur. Le rattachement de ces accords, longtemps dits « atypiques », à la catégorie des engagements unilatéraux était donc logique.

■ 142 La troisième catégorie d'engagements unilatéraux est plus débattue. Il s'agit des normes désignées sous le nom d'« usages d'entreprise ». Un usage d'entreprise n'est pas un véritable usage. Il s'agit d'une pratique existante dans une entreprise particulière. Pratique qui a une certaine généralité (elle s'applique au moins à toute une catégorie de salariés), une certaine constance et une certaine fixité (en ce sens, v. déjà, Soc. 16 novembre 1977, *Bull. civ.* V, n° 620). Ces pratiques, par leur persistance, peuvent faire naître dans l'esprit des salariés une légitime croyance dans leur maintien. Elles prennent alors une certaine force obligatoire. De fait, comme ces pratiques sont propres à l'entreprise, elles sont soit des pratiques de l'employeur lui-même (lorsqu'il verse annuellement une prime par exemple), soit des pratiques que l'employeur a laissé s'instaurer (par exemple, un jour chômé traditionnellement dans l'entreprise). Dans les deux cas, ces pratiques ont pour source la volonté de l'employeur. Elles sont par essence des engagements unilatéraux. La Cour de cassation désigne toujours ces pratiques devenues obligatoires sous le nom d'« usage d'entreprise ». Mais elle reconnaît que leur véritable source est dans la volonté unilatérale de l'employeur (v. déjà, Soc. 12 juin 1986, *Dr. ouvrier* 1987. 143, arrêt qui vise « un usage résultant d'une décision unilatérale de l'employeur ») et elle admet qu'un usage d'entreprise puisse être annulé pour vice du consentement de l'employeur (Soc. 10 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 408). C'est donc logiquement que la Cour de cassation leur applique systématiquement le régime juridique des engagements unilatéraux (v. par exemple, Soc. 7 janvier 1992, *Bull. civ.* V, n° 2 ou Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 479).

En clair, malgré la survivance de la terminologie actuelle, le droit traite les usages d'entreprise pour ce qu'ils sont : des engagements unilatéraux nés de la pratique.

§ 2 Régime

■ 143 Un engagement unilatéral peut être détruit par une convention collective : il suffit que la volonté des parties à la convention soit suffisamment claire en ce sens (Soc. 19 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 688 ; Soc. 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-40232, *Dr. soc.* 2006. 1190, note P. Waquet). En revanche, un tel engagement ne peut être détruit par une stipulation contraire du contrat de travail ou par la renonciation expresse du salarié (Soc. 18 octobre 2006*). En cas de conflit entre la stipulation d'un contrat individuel de travail et un engagement unilatéral, l'application de la disposition plus favorable s'impose (v. n° 78).

■ 144 Hors de ces deux possibilités, du fait de la prohibition des engagements perpétuels, les engagements unilatéraux *à durée indéterminée* peuvent être dénoncés par l'employeur. Trois conditions cumulatives doivent alors être respectées pour que la

dénonciation soit régulière (ces conditions sont régulièrement énoncées par la Cour de cassation dans un attendu de principe, v. not. Soc. 23 septembre 1992, *préc.* ou Soc. 20 juin 2000*).

La première de ces conditions est le respect d'un délai de préavis suffisant pour que puissent être engagées des négociations. La durée exacte de ce délai reste floue, comme tout délai de source jurisprudentielle, d'autant que l'appréciation de sa durée est laissée, par la Cour de cassation, au pouvoir souverain des juges du fond (v. par ex. Soc. 16 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 221). On peut cependant noter qu'il s'agit d'une exigence jurisprudentielle directement inspirée du délai de préavis de dénonciation des conventions collectives, délai pendant lequel les parties sont soumises à une obligation de négocier (art. L. 132-8 C.trav. ; L. 2261-10 recod.). Ce délai de préavis est, pour les conventions collectives, d'une durée de trois mois. Un tel délai devrait *a priori* être suffisant s'agissant de simples engagements unilatéraux, lesquels sont des actes bien inférieurs aux conventions collectives dans la hiérarchie des normes (v. cpdt. Soc. 13 octobre 1988, *Jur. Soc. IUMM* 1989, n° 510, p. 505, à propos d'une cour d'appel ayant fixé souverainement à un an le délai de dénonciation nécessaire pour un engagement unilatéral dont l'objet était une prime annuelle).

La deuxième condition de la dénonciation d'un engagement unilatéral à durée indéterminée est l'information des représentants du personnel, à savoir des délégués du personnel et du comité d'entreprise, s'ils sont présents dans l'entreprise (sur les conditions de cette information, v. Soc. 5 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n° 1). En l'absence de représentant du personnel, il faut toutefois distinguer le cas dans lequel cette absence est imputable à une faute de l'employeur, par exemple, s'il a omis d'organiser des élections alors que celles-ci étaient obligatoires. Dans ce cas, la dénonciation réalisée en l'absence d'information préalable des représentants du personnel sera considérée comme irrégulière, l'impossibilité d'une telle information étant imputable à l'employeur (Soc. 16 novembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 329).

La troisième condition est de loin la plus importante. Il s'agit de l'information individuelle de chacun des salariés intéressés par la dénonciation. Aucune forme particulière pour cette information n'est requise. Mais ce n'est qu'à compter de la fin des informations aux intéressés et aux représentants du personnel que commence à courir le délai de préavis. L'employeur doit donc se ménager la preuve que ces informations ont eu lieu et la preuve de la date de ces informations. En pratique, cela signifie qu'il doit soit transmettre cette information de la main à la main à chaque salarié, contre un reçu, soit informer chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans un cas comme dans l'autre, la formalité n'est pas anodine, elle suppose une véritable transparence et une certaine solennité. Lorsqu'il s'agit de détruire un avantage sur lesquels les salariés comptaient, de telles formes peuvent apparaître, dans certains cas, relativement dissuasives.

Une fois les trois conditions remplies, en revanche, la destruction de l'avantage est consommée et ce même lorsqu'il s'agit d'un complément de salaire (v. not. Soc. 13 février 1996, *Bull. civ.* V, n° 53, pour une critique de cette solution, v. n° 95).

En revanche, ne peuvent pas être unilatéralement dénoncés, ni les engagements unilatéraux à durée déterminée (Soc. 4 avril 1990, *Grands arrêts*, n° 170 ; *Bull. civ.* V, n° 161) ni les engagements à exécution instantanée (Soc. 16 décembre 1998, *Bull. civ.* V, n° 553, à propos d'une obligation de reclassement).

145

Black plaque (142,1)

146 Il faut encore noter qu'en cas de changement d'employeur par application de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail, les engagements unilatéraux sont maintenus avec les contrats individuels de travail (Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 479 ; Soc. 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 161 ; Soc. 13 sept. 2005, *Bull. civ.* V, n° 260 ; Soc. 22 novembre 2006, pourvoi n° 05-40018, *RDT* 2007.102, obs. P. Waquet).

Black plaque (143,1)

Biblio

- G. Lyon-Caen, « Une anomalie juridique, le règlement intérieur », *D.* 1969. Chron. 35.
- A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc*. 1992. 215 et s.
- E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994. 227 et s.

Documents

Le règlement intérieur

CE 1er février 1980, *Peintures Corona*, *Dr. soc*. 1980. 410

« Considérant qu'après avoir rappelé l'interdiction de pénétrer ou de séjourner dans l'établissement en état d'ébriété, la dernière phrase de l'article 29 du règlement intérieur de la société "Peinture Corona" fixe que "la direction se réserve de faire soumettre les cas douteux à l'épreuve de l'alcootest ; le refus de se soumettre à cette épreuve vaudra refus d'obéissance et reconnaissance implicite de l'état d'ébriété" ; que ces dispositions ne pourraient être justifiées, *eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne*, qu'en ce qui concerne les salariés occupés à l'exécution de certains travaux ou à la conduite de certaines machines ; qu'ainsi elles excèdent par leur généralité l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en l'espèce en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise… ».

CE 8 juillet 1988, *Soc. Comptoir Lyon, Alemand, Louyot, Lebon T.*, p. 1403 ; *D*. 1990. Somm. 134, obs. D. Chelle et X. Prétot

« … Considérant que les articles 3-9-1 à 3-9-6 du règlement intérieur litigieux sont relatifs à l'exercice du droit de grève par les salariés de l'entreprise ; que de telles dispositions sont étrangères au champ d'application du règlement intérieur… ».

Pour d'autres extraits de cet arrêt v. les compléments pédagogiques du chapitre 7.

Soc. 25 septembre 1991, *Unigrains*, *Grands arrêts*, n° 171 ; *Bull. civ*. V, n° 381 ; *Dr. soc*. 1992. 27

« Attendu que le règlement intérieur dont l'établissement est obligatoire et par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise et les règles générales relatives à la discipline et énonce les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé ».

L'engagement unilatéral

Soc. 4 avril 1990, *Bull. civ*. V, n° 161 ; *Grands arrêts*, n° 170

« L'employeur n'est en droit de revenir à tout moment sur un engagement unilatéral que si celui-ci a été pris pour une durée indéterminée ».

Black plaque (144,1)

Soc. 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 237

« Attendu que la dénonciation par l'employeur d'un engagement unilatéral doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre des négociations et être notifiée, outre aux représentants du personnel, à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite ; que la dénonciation ne peut être effective qu'à une date postérieure à ces formalités ».

Soc. 18 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 314 ; *Dr. soc.* 2007. 108-109, obs. A. Mazeaud

« Le contrat de travail entraîne l'application du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, lequel peut résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, et que le salarié ne peut y renoncer dans son contrat de travail, sauf disposition contractuelle plus favorable ».

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

Un avis émanant de M. Doux, directeur de l'entreprise Mélusine SA a été affiché le 24 janvier 2005. Il est reproduit ci-dessous :

« AVIS À TOUS NOS CHERS EMPLOYÉS !!

Le confort de nos collaborateurs est une de nos préoccupations constantes. À tout moment, vous pourrez vous servir de boissons aux distributeurs automatiques et, si vous souhaitez les consommer pendant votre travail, et bien, pourquoi pas ? Nous l'autorisons !

Il est simplement interdit aux caristes d'emporter leur boisson ou tout autre aliment, sur leur engin de manutention.

Pour fêter Noël, les 24 décembre des années 2007 et 2008 une prime de 1 000 euros sera versée aux salariés. »

Le 1er juin 2007, le conseil d'administration de l'entreprise Melusine SA, décide de remplacer M. Doux, par M. Dur, un *cost-killer* réputé.

Le 15 juin, il surprend M. Nonchalant, cariste, en train de siroter un café d'une main, tout en conduisant son engin de l'autre. Enervé, M. Dur lui envoie par lettre recommandée un avertissement, en spécifiant dans la lettre que son comportement est une violation caractérisée de l'avis du 24 janvier 2007 et que, s'il était repris à avoir un tel comportement, une sanction beaucoup plus grave pourrait être décidée.

M. Dur, alarmé par l'incident et par les dépenses inconsidérées programmées pour Noël fait afficher la note suivante le 30 juin 2007 :

« En raison de la conjoncture difficile et des difficultés que traverse aujourd'hui l'entreprise, nous devons tous être prêts à redoubler d'efforts.

La multiplication des pauses café fait perdre un temps précieux et c'est pourquoi les appareils distributeurs de boissons seront retirés dès la rentrée du 1er septembre.

Black plaque (145,1)

Les primes de Noël, annoncées lors d'un précédent avis, grèvent dangereusement les résultats financiers de l'entreprise. La prime du 24 décembre 2007, déjà intégrée au budget prévisionnel pourra être maintenue. En revanche aucune prime ne pourra être versée le 24 décembre 2008 ».

Copie de la note est transmise aux délégués du personnel et au comité d'entreprise. Une lettre recommandée avec accusé de réception est envoyée à chaque salarié le 4 juillet 2005. Les termes de cette lettre sont les suivants :

« Nous vous confirmons par la présente que la prime de Noël du 24 décembre 2007 ne sera pas versée, en raison des nécessaires économies auxquels l'entreprise doit procéder. Avec l'expression de nos meilleurs sentiments… ».

I. En janvier 2008, M. Nonchalant vient vous voir. L'ambiance de travail s'est dégradée et il a l'idée de chercher un nouvel emploi et de se faire licencier. Pour ce faire, il a l'intention de déclencher plusieurs procès contre M. Dur.

Il souhaite faire annuler l'avertissement qu'il a reçu et demander des dommages-intérêt pour préjudice moral subi du fait de cet avertissement. Il souhaite de plus obtenir paiement de la prime du 24 décembre 2006, non versée, et obtenir la réintroduction des distributeurs de boissons supprimés.

II. M. Dur souhaite à tout prix faire des économies sur la masse salariale. Il souhaite baisser de 10 % la rémunération de base des salariés, stipulée au sein des contrats individuels de travail. Comment doit-il s'y prendre ?

Corrigé

I. M. Nonchalant

– Sur la sanction disciplinaire :

Cette sanction a été prise sur le fondement de l'interdiction posée par l'avis du 24 janvier 2007. Cette interdiction est une disposition générale et permanente ayant pour objet la sécurité. Elle appartient donc au domaine du règlement intérieur et doit être traitée comme un amendement à ce règlement doit l'être. Elle aurait dû faire l'objet d'un avis préalable du comité d'entreprise et du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail, puis faire l'objet de diverses communications et publicité. Rien de tout ceci n'a été fait. L'interdiction posée par l'avis du 24 janvier 2007 est donc inopposable aux salariés. La sanction prise sur son fondement peut, par conséquent être annulée et des dommages-intérêts être ordonnés en fonction du préjudice subis. Il ne reste à M. Nonchalant qu'à prouver ce préjudice. En l'espèce, il risque fort de n'obtenir que des dommages-intérêts de faible montant, voire symboliques, le préjudice moral étant bien difficile à prouver (si tant est qu'il ait ici existé).

– Sur les machines à café :

L'avis du 24 janvier 2007 a été placardé, il est officiel, il a pu faire naître une attente légitime dans l'esprit des salariés. Il s'agit donc d'un engagement unilatéral de l'employeur. Cet engagement a durée indéterminée aurait pu être dénoncé dans les formes. Mais cela n'a pas été le cas. La note du 30 juin 2007 n'a pas, sur cette question, été transmise individuellement à chacun des intéressés. Elle n'a fait l'objet que d'une communication collective. Elle demeure donc inopposable aux salariés, qui peuvent se prévaloir de l'avis du 24 janvier 2007 pour obtenir la

Black plaque (146,1)

réinstallation des machines à café. En pratique, si l'employeur veut éviter ce résultat, il lui suffira de réitérer la procédure de dénonciation, sans omettre, cette fois, l'information individuelle par lettre avec accusé de réception.

– Sur la prime :

L'avis du 24 janvier 2007 est, là encore, un engagement unilatéral de l'employeur. Simplement seuls deux versements étaient prévus. Il ne s'agit donc pas d'un engagement unilatéral à durée indéterminée, mais d'un engagement unilatéral à exécution instantanée ou à durée déterminée selon que l'on parle de prime annuelle pendant deux ans ou de primes deux fois versées. Dans les deux cas, il ne peut pas être dénoncé. Pour s'en débarrasser, l'employeur ne peut pas suivre la procédure de modification des contrats individuels de travail (Soc. 18 octobre 2006*). Il peut simplement tenter d'obtenir l'accord des syndicats et signer une convention collective qui, elle, pourra détruire cet avantage. Si un tel accord s'avère impossible, l'employeur devra respecter la parole donnée en 2007 et verser la prime de 2008.

II. M. Dur

Paradoxalement, la réduction des salaires de base s'avère plus facile. Il suffit de suivre la procédure de modification des contrats individuels de travail. Pour cela, il faut envoyer au salarié une lettre mentionnant que la réduction a un motif économique, qu'ils ont une faculté de refuser cette réduction dans un délai d'un mois, et qu'à défaut de réponse dans ce délai les salaires seront réduit de 10 % (L. 321-1-2 C. trav., L. 1222-6 recod.). La principale difficulté d'une telle procédure est le refus du salarié. En ce cas, l'employeur devra se soumettre ou démettre le salarié. Dans ce dernier cas, il s'agira d'un licenciement économique, lequel devra trouver une cause réelle et sérieuse dans le motif de la réduction de salaire (v. n°s 569-570), et devra être fait dans le respect de la procédure de licenciement pour motif économique (v. n° 505 et s.)

Il demeure que cette procédure, qui suppose des acceptations individuelles, peut être plus facile que la procédure de réduction de l'engagement unilatéral à durée déterminée, qui suppose l'accord des syndicats. Le salaire contractuel s'avère ainsi parfois moins solide, en droit positif, que le contenu d'une rémunération fixée ponctuellement par un engagement unilatéral à durée déterminée.

Black plaque (147,1)

chapitre 7

Pouvoir et droits fondamentaux

Black plaque (148,1)

Plan analytique

section 1

L'application généralisée des droits de l'être humain

§ 1 Étendue du contrôle

§ 2 Un grand potentiel

section 2

Les discriminations

§ 1 Les discriminations du premier cercle

A. Les critères prohibés

B. Du bon usage exceptionnel de critères prohibés

§ 2 Les discriminations du second cercle

A. Les discriminations positives

B. Les discriminations indirectes

§ 3 Égalité et contrôle de rationalité

section 3

Le droit à la sécurité

7

Pouvoir et droits fondamentaux

147 Les droits et libertés fondamentaux des travailleurs sont actuellement les seules protections dont l'impact soit croissant. Les autres protections du droit du travail, plus anciennes, sont en régression quasi constante, depuis une vingtaine d'années. La place des droits fondamentaux de l'être humain dans la matière devient donc, peu à peu, centrale. Qu'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, il faut aujourd'hui le constater.

L'application des droits fondamentaux de l'être humain en droit du travail s'appuie sur deux textes. Il s'agit peut-être des deux articles du Code du travail les mieux connus. Le premier est l'article L. 120-2*, lequel consacre l'application générale des droits de l'être humain en droit du travail (section 1). Le second est l'article L. 122-45* (L. 1132-1 et s. recod.), lequel est le principal texte de référence concernant la question des discriminations (section 2). Une place à part doit être en outre réservée au droit à la sécurité reconnu au salarié, droit dont le pendant est l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur, et dont l'impact croissant pèse aujourd'hui sur un pan entier du droit du travail (section 3).

Il faut noter que toute décision de l'employeur prise en violation des droits de l'homme ou discriminatoire est sanctionnée par la nullité, y compris s'il s'agit d'un licenciement. Cette sanction est expressément prévue par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-4 recod.). Elle a été logiquement étendue par la jurisprudence à l'ensemble des cas visés par l'article L. 120-2 (art. L. 1121-1 recod.) du Code du travail (v. not. Soc. 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 87).

section 1

L'application généralisée des droits de l'être humain

148 Les droits de l'homme ont fait irruption en droit privé par le droit du travail. Et ils sont apparus en droit du travail par le contrôle du règlement intérieur d'entreprise. La formule clef a été intégrée au sujet de ce règlement par la loi du 4 août 1982, à l'article L. 122-35 (L. 1321-3, 2° recod.) du Code du travail. La loi du 31 décembre 1992, en adoptant l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, l'a généralisée.

La jurisprudence sur les droits de l'homme en matière de règlement intérieur a précédé que quelques années la loi de 1982. Elle a donc plus de vingt ans d'âge. Les premiers arrêts d'application de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) sont eux, pour

Black plaque (150,1)

l'essentiel, daté des années 2000. La jurisprudence sur le règlement intérieur conserve donc une place emblématique, exemplaire, en la matière.

L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail affirme que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

« Nul ne peut... » : la généralité du champ d'application est on ne peut plus large. Elle touche tous les aspects du droit du travail. Elle va même bien au-delà.

« Droits des personnes » « libertés individuelles et collectives » : il s'agit de n'oublier personne. La doctrine a glosé à l'infini sur ces termes en faisant des distinctions toutes plus subtiles les unes que les autres, toutes plus dépassées les unes que les autres. Ne nous y trompons pas. Il s'agit tout simplement de viser les « droits de l'homme » ou, pour éviter le sexisme, « les droits de l'être humain », ou encore « les libertés fondamentales ». Ces différentes expressions doivent aujourd'hui être considérées comme synonymes. Elles seront alternativement utilisées par la suite. Mais l'expression « droits de l'homme » sera le plus souvent conservée, non parce qu'il s'agit de la meilleure (droits de « l'être humain » est préférable), ni parce qu'il s'agit de l'expression historique (les formules les plus anciennes sont souvent les plus barbares) mais simplement parce qu'elle est la plus commune et que donc, elle est la plus simple.

« Des restrictions » : les droits de l'homme ne sont pas des blocs intangibles. Ils s'affrontent souvent les uns aux autres et de ce fait, aucun n'est absolu, tous souffrent de limitations, de restrictions. La liberté d'aller et venir n'autorise pas quiconque à entrer chez vous sans frapper. La liberté d'expression n'autorise ni la diffamation ni l'injure.

« Justifiée », « proportionnée » : ces exigences de justification et de proportion sont directement inspirées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dès qu'un acte restreint, limite un tant soi peu un droit de l'homme, il est suspect, il est même *a priori* illicite. Il ne pourra dès lors se sauver de la sanction qu'à la condition de passer au travers d'un contrôle aussi précis et dense que possible. Ce contrôle, qui a été placé entre les mains du juge est composé des contrôles de justification et de proportionnalité que pose le texte (§ 1).

■ 149 Ces contrôles doivent avoir lieu à chaque fois qu'une restriction à un droit fondamental est observée. La liste de ces droits est longue. Les droits qui permettent une action collective des salariés, comme la liberté syndicale, le droit de grève, le droit des travailleurs de participer à la gestion des entreprises ou le droit à la négociation collective sont fondateurs du droit du travail. Leur protection n'a, fort heureusement, pas attendu l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, ni même l'article L. 122-35 (L. 1321-3, 2° recod.) du Code du travail. Ils font l'objet de protections et de réglementations spécifiques. De même, l'ensemble de la réglementation sur l'hygiène et la sécurité, est aujourd'hui justifié par le droit à la santé. Mais, fort heureusement, ce pan du droit du travail (v. not. les art. L. 230-1 à 241-11 C. trav. ; L. 4111-1 et s. recod.) a commencé à se développer bien avant les articles susvisés et même bien avant la proclamation du droit à la santé.

Le droit à une vie privée et le droit à une vie familiale normale qui en découle, la liberté d'expression et le droit à l'intégrité de son corps sont pour l'instant les droits fondamentaux qui ont le plus bénéficié de la généralisation de la protection des

Black plaque (151,1)

droits de l'homme en droit du travail. Mais de nombreux autres droits devraient suivre. La problématique des droits de l'homme a encore de larges espaces à conquérir en droit du travail (§ 2).

§ 1 Étendue du contrôle

150 L'application généralisée des droits fondamentaux aux relations de travail a conduit la Cour de cassation à condamner sur le fondement des droits fondamentaux aussi bien les actes que les abstentions, pour peu que celles-ci apparaissent attentatoires aux droits fondamentaux (v. not. Soc. 24 janvier 2007, pourvoi n° 05-4063). Ce sont cependant les *actes* qui restreignent les droits et libertés qui forment l'essentiel du contentieux.

Une fois qu'un acte est reconnu restreindre, même un peu, un droit fondamental, la première étape est de rechercher si cette restriction peut se prévaloir d'un motif valable. C'est ce que l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) vise lorsqu'il dit que les restrictions doivent être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir ». Un premier exercice de balance doit alors être mené. Dans un plateau sera mise la raison, le motif avancé par l'employeur pour justifier la restriction et dans l'autre la restriction au droit.

Il se peut, tout d'abord, que le motif avancé par l'employeur ne soit en rien une justification de la restriction apportée. Pour que l'employeur ait une quelconque légitimité à restreindre les droits fondamentaux du salarié, il faut au minimum que l'exercice de ces droits crée un « trouble caractérisé au sein de l'entreprise » (sur cette exigence dans la jurisprudence sur les entreprises de tendance, v. n° 165). Ainsi, par exemple, une clause d'un contrat de travail imposait à des employés de résider dans l'immeuble qu'ils étaient chargés d'entretenir. Or, les salariés pouvaient fort bien réaliser leurs fonctions tout en résidant à l'extérieur de leur lieu de travail. Aucun trouble n'était évité par la clause restrictive de la liberté de choisir sa résidence, la clause était donc nulle (Soc. 13 avril 2005, *Dr. soc.* 2005. 809). Rien de plus simple.

151 Lorsque la mesure liberticide est bien susceptible d'éviter un trouble, cela ne suffit pas pour autant. Les libertés individuelles ne sauraient être écartées à la moindre gêne occasionnée dans l'entreprise. Entre le trouble et la liberté, en principe, la liberté l'emporte encore. Ainsi, par exemple, l'interdiction faite par l'employeur d'utiliser à des fins non professionnelles l'ordinateur qu'il met à la disposition du salarié ne peut suffire à justifier l'ouverture des messages Internet reçu par le salarié ou pour ouvrir un fichier noté « personnel » présent sur cet ordinateur. De tels actes portent atteinte à la vie privée du salarié et au principe de secret des correspondances qui en découle (Soc. 2 octobre 2001, *Nikon** et Soc. 17 mai 2005, *Dr. soc.* 2005. 793, note J.-E. Ray, lequel réserve l'hypothèse d'un « risque ou événement particulier » ; en revanche, l'employeur a accès aux fichiers professionnels et à ceux qui ne sont notés d'aucune manière et sont donc présumés professionnels, Soc. 18 octobre 2006, arrêts, *Bull. civ.* V, n° 308 ; *RDT* 2006. 395, obs. R. de Quenaudon).

Ainsi encore, l'ouverture par l'employeur des vestiaires et armoires individuels porte atteinte à la vie privée, parce qu'ils peuvent contenir toutes sortes d'objets personnels. Cette atteinte n'est possible, selon le Conseil d'État « que si ce contrôle est justifié par les nécessités de l'hygiène ou de la sécurité » (CE 8 juillet 1988). Les seuls motifs invocables pour ce type d'atteinte sont donc l'hygiène et la sécurité, aucun

autre motif n'est recevable. Seront donc immédiatement rejetées, pour absence de justification, des possibilités d'ouvertures dont la seule justification serait de « contrôler l'état et le contenu », ou « d'éviter l'encombrement excessif », etc. De tels motifs ne font pas le poids face à l'impératif de vie privé. Ils ne peuvent donc permettre aucune restriction à ce droit, même minime.

On notera au passage que ce n'est pas nécessairement « par la nature de la tâche à accomplir » que la restriction peut être justifiée : l'impératif de sécurité qui permet, sous condition, d'ouvrir les vestiaires, n'est pas nécessairement lié à la tâche... Il n'en est pas moins recevable. Il y a là une petite maladresse de rédaction des articles L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) et L. 122-35 (L. 1321-3, 2° recod.) du Code du travail qui ne prête pas à conséquence, la jurisprudence ne s'y arrêtant pas.

■ 152 Lorsque le motif invoqué comme justification a suffisamment de poids, lorsque notamment il est soutenu par un autre droit fondamental, la restriction faite aux droits du salarié n'est toujours pas licite. Cette restriction doit encore être « proportionnée au but recherché » (art. L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) et L. 122-35 (L. 1321-3, 2° recod.), *préc.*), c'est-à-dire proportionnée au motif retenu. C'est sur cette exigence de proportion, assez sévère, que se concentre l'essentiel de la jurisprudence.

Celle-ci signifie d'abord que le champ d'application de la restriction aux droits des salariés doit être strictement délimité. La faculté accordée par le règlement intérieur de faire réaliser un alcootest peut être justifiée par des impératifs de sécurité. Mais alors seuls les salariés exécutant des travaux dangereux pourront y être soumis (CE 8 juillet 1988* ; comp. Soc. 22 mai 2002, *Dr. ouvrier* 2002. 549, note A. de Senga).

Cela signifie de plus que la restriction doit être aussi réduite, aussi limitée que possible. Pour démontrer que telle atteinte est illégale, il suffit de montrer que le but recherché pouvait être réalisé à l'aide d'une méthode plus douce que celle employée, en restreignant moins le droit fondamental en cause. Ainsi, par exemple, dans une entreprise qui travaille sur des métaux précieux, la mise en place d'un détecteur de métaux à la sortie peut s'avérer proportionnée, mais la fouille additionnelle des « sacs, effets et véhicules du personnel » n'est plus alors indispensable, et elle est donc exclue (CE 8 juillet 1988*, *préc.*).

Ont encore été jugées illégales, l'interdiction de toute conversation étrangère au service (CE 25 janvier 1989, *SITA*, *Dr. soc.* 1990. 201), l'interdiction faite aux caissières d'accepter à leur caisse un membre de leur famille (CE 9 décembre 1994, *Lebon*, p. 547) ou l'ordre donné aux employés d'une banque d'informer leur employeur de l'existence de comptes qu'ils détiennent dans d'autres établissements (CE 3 octobre 1997, *Synd. FO des employés et cadres de la CRCA du Midi*, *RJS* 1997, n° 1371). En revanche, sont proportionnés l'exigence d'un badge pour circuler dans des installations nucléaires (CE 29 décembre 1995, *Eurodif*, *Dr. soc.* 1996. 394, 2e esp.) ou un alcootest imposé aux salariés « amenés à manipuler des machines ou produits dangereux ainsi qu'à ceux qui conduisent des engins ou des véhicules automobiles » (Soc. 24 février 2004, *RJS* 2004, n° 535).

On peut enfin noter, qu'au côté de la vie privée et du droit de disposer de son corps, le libre exercice d'une activité professionnelle, qui inclut la liberté du travail et la liberté d'entreprendre a, lui aussi donné lieu à un vaste mouvement jurisprudentiel. C'est désormais au nom l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) que les clauses de non-concurrence et d'exclusivité sont très strictement limitées et proportionnées à leurs justifications par la jurisprudence (v. nos 210 et s.).

Black plaque (153,1)

§ 2 Un grand potentiel

153 L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail* s'applique pour peu qu'une atteinte aux droits et libertés soit constatée. Au sommet de ces droits et libertés sont proclamées les deux valeurs fondamentales de toute démocratie : l'égalité et la liberté. Le droit à la liberté et le droit à l'égalité sont ainsi les deux premiers droits de l'être humain.

Or, le pouvoir est, par définition une restriction à la liberté comme à l'égalité. C'est une restriction qui peut être justifiée, mais une restriction tout de même.

Ceci apparaît avec évidence pour les formes les plus intenses de pouvoirs. Nul doute que vivre sous le joug d'un maître est une atteinte à la liberté. Nul doute qu'entre le maître et ses servants il n'est pas d'égalité. La reconnaissance de cette atteinte est même un élément essentiel du sens de la liberté et de l'égalité. Le pouvoir est d'abord une réduction de la liberté. Cette perception est si commune, que la liberté politique a même pu être définie comme le contraire de la soumission au pouvoir. Le pouvoir génère en outre, avec beaucoup d'aisance, un sentiment de supériorité chez son détenteur et un sentiment d'infériorité chez les personnes soumises. Un détenteur de pouvoir avisé fera tout pour favoriser cette tendance qui stabilise son pouvoir et le justifie à ses propres yeux. Une personne soumise y trouvera la raison de sa soumission et évitera ainsi la sensation de l'éventuelle injustice subie. Il n'est pire menace au principe d'égalité, qui est un principe d'égale valeur des êtres humains, que le pouvoir.

Dès lors, le pouvoir de l'employeur apparaît bien être une restriction aux droits et libertés. Ce pouvoir est si commun en droit du travail, que son caractère d'exception finit par passer inaperçu. Et pourtant, pour bien voir à quel point il est exceptionnel, il suffit de se remémorer un instant quelques grands principes du droit commun, comme l'interdiction de se faire justice à soi-même ou l'interdiction d'imposer unilatéralement à autrui des obligations nouvelles. Et ces principes sont allègrement et quotidiennement violés en droit du travail.

L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail acquiert ainsi une vocation générale. Il est une exigence générale de justification, de rationalité, de l'exercice du pouvoir. Et il fonde un contrôle de principe des juges sur le respect de ces exigences.

154 Un arrêt peut au demeurant apparaître comme un premier signe de la possible intégration future, par la Cour de cassation, de cette idée. Il s'agit de l'arrêt *Montribot* du 28 mai 2003, arrêt dit « du bermuda », (*Grands arrêts*, n° 67 ; *Bull. civ*. V, n° 178). Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié en bermuda, qui refusait obstinément de se vêtir d'un pantalon malgré les ordres répétés de son employeur et qui finit par être licencié sur ce motif. Cet arrêt affirme que « la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales ». On aurait pu en déduire que l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) n'était en rien applicable à l'espèce. Mais l'arrêt dit simultanément : « un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des taches à accomplir et proportionnées au but recherché ». L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) est donc bien appliqué.

On peut lire l'arrêt comme une maladresse, comme une surabondance de motif, l'un contredisant l'autre. L'arrêt dirait alors, le licenciement du salarié est justifié, premièrement parce que l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) ne s'applique pas et deuxièmement parce que l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail

Black plaque (154,1)

affirme que le licenciement est justifié. Il s'agirait d'un raisonnement maladroit, empruntant sa forme à la célèbre histoire du chaudron : un propriétaire se plaint que son chaudron lui ait été rendu troué et l'emprunteur de répondre : « premièrement, tu ne m'as jamais prêté de chaudron, deuxièmement lorsque je te l'ai rendu il était en parfait état et troisièmement, lorsque tu me l'as prêté, il était déjà troué ».

On peut aussi lire dans l'arrêt une cohérence. La motivation signifierait alors : « La liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales », mais « un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes (vestimentaires ou autre) qui ne seraient pas justifiées par la nature des taches à accomplir et proportionnées au but recherché ». L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) s'appliquerait alors à chaque fois que l'employeur exerce son pouvoir, qu'il impose des contraintes. Cela seul est en effet déjà une restriction de la liberté du salarié en général et une restriction du principe d'égalité, en vertu duquel aucune personne privée ne peut, en principe, créer d'obligation à la charge d'autrui sans son consentement. L'interprétation est renforcée par un arrêt du 20 juin 2006 (Soc. 20 juin 2006, inédit, pourvoi n° 04-43067), qui ne se prononce pas sur le rang qui doit être accordé à la liberté vestimentaire, mais affirme clairement que « la contrainte vestimentaire imposée à la salariée n'était pas justifiée par la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché », pour rejeter le pourvoi formé contre une décision d'appel ayant invalidé le licenciement d'une salariée qui avait refusé de porter une fort décente jupe de fonction.

Ces arrêts du 28 mai 2003 et du 20 juin 2006 sont cependant bien trop ambigus et trop clairement cantonnés à la question de la tenue vestimentaire, pour qu'une portée aussi grande leur soit accordée. Ils sont le signe d'une évolution possible, même si cette évolution n'est pas la seule possible ainsi qu'en atteste un arrêt du 23 février 2005 qui semble, lui, inciter les juges à restreindre leur contrôle du pouvoir (Soc. 23 février 2005, pourvoi n° 04-45463, reproduit et commenté dans les annexes du chapitre 4).

section 2

Les discriminations

155 Les discriminations que subissent les personnes du fait notamment de leur genre, masculin ou féminin, de leurs origines ou de leur âge sont un des problèmes majeurs de notre société. Ces discriminations s'expriment de manière particulièrement dure dans le monde du travail. Les combattre est l'une des tâches les plus difficiles et les plus urgentes du droit du travail.

Le principe de base est ici le principe d'égalité. Celui-ci ordonne d'accorder une égale valeur aux êtres humains. Il prohibe, en d'autres termes, la dévalorisation d'un être humain dans sa globalité. Une telle dévalorisation peut avoir des effets graves. La lutte contre ces effets a été la première à avoir été mis en place. Elle prohibe les discriminations du premier cercle (§ 1). La lutte contre les causes d'une dévalorisation des personnes est plus récente. Elle s'exprime essentiellement au travers des discriminations indirectes et des discriminations positives (§ 2).

Black plaque (155,1)

§ 1 Les discriminations du premier cercle

L'article clef, en la matière, est l'article L. 122-45 du Code du travail*, issu de la loi du 4 août 1982 (L. 1132-1 et s. recod.). Le législateur l'a modifié une dizaine de fois. Il est complété par plusieurs articles plus spécifiques du Code du travail et notamment par les articles L. 122-45-1 à L. 122-45-5 (art. L. 1133-1 à L. 1134-4 recod.). Il est en outre appuyé par le Code pénal, par de nombreuses directives et par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. 156

Au départ, la prohibition des discriminations par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 et s. recod.) n'avait pour champ d'application que le licenciement et les sanctions disciplinaires. Il s'agissait d'une vision un peu limitée du problème. Le législateur est venu compléter, à plusieurs reprises la liste des actes susceptibles de générer des discriminations. Aujourd'hui la liste des actes contrôlés est devenue très complète. L'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) vise, outre le licenciement et les sanctions disciplinaires, les actes qui permettent d'écarter un salarié « d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise », ainsi que tous les actes « en matière de rémunération (...) d'intéressement et de distribution d'action, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ». La multiplication des lois a, une fois n'est pas coutume, générée une simplification : il est désormais possible de dire que tout acte de gestion du personnel doit, aujourd'hui, être exercé avec le soucis d'éviter les discriminations. 157

Les sanctions d'un acte discriminatoire sont, elles aussi, désormais claires. Outre d'éventuelles conséquences indemnitaires, toute disposition ou tout acte discriminatoire est « nul de plein droit ». Il s'ensuit notamment qu'un salarié licencié de manière discriminatoire pourra obtenir sa réintégration, y compris en référé, y compris sous astreinte. De surcroît, si l'acte discriminatoire est un licenciement, une sanction disciplinaire ou un refus d'embaucher, il tombe dans le champ de la répression pénale (v. l'art. 225-1 C. pén.). Les peines alors encourues peuvent aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement (art. 225-2 C. pén.). 158

Il ne reste donc plus qu'une difficulté à résoudre, mais elle est de taille. Il s'agit de bien distinguer les actes qui opèrent des différenciations licites de ceux qui réalisent des discriminations prohibées. Une liste de critères de différenciation prohibés a été dressée (A). Mais l'utilisation d'un critère illicite peut dans certains cas être autorisée (B).

A. Les critères prohibés

Toute différenciation n'est bien entendu pas interdite. On trouve même en droit de nombreux critères de différenciation affirmés comme parfaitement valides. L'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 affirme que « l'utilité commune » est un critère de distinction sociale licite. Le recrutement ou la promotion dans un emploi public ne doit être guidé que par des considérations liées aux « capacités », aux « mérites » et aux « talents », selon la terminologie retenue à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. L'évaluation en vue d'un recrutement ou d'une promotion dans un emploi privé doit se faire, selon le Code du travail, en suivant des méthodes d'évaluation « pertinentes » (art. L. 121-7 C. trav. ; L. 1221-8 et 159

Black plaque (156,1)

L. 1222-3 recod.) au regard de la finalité poursuivie, laquelle est d'apprécier la « capacité à occuper l'emploi proposé ou (les) aptitudes professionnelles » (art. L. 121-6 C. trav. ; L. 1221-6 et L. 1222-2 recod.). Quant aux différenciations par le bas, l'article L. 122-43 du Code du travail (L. 1333-2 recod.) rappelle qu'une sanction peut être justifiée par une faute commise par le salarié. Ces « capacités », « mérites », « talents », « aptitudes professionnelles », « utilité commune » ou « fautes », sont autant de critères qui ont un point commun : ce sont des qualités attribuées à des actes, des attributs d'actes. Et s'ils peuvent ainsi être utilisés pour différencier, c'est que le droit n'interdit nullement l'évaluation des actes de personnes.

■ 160 En revanche, sont notamment interdites les différenciations selon « l'origine », « le sexe », « l'âge », « l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, ou une race », « l'apparence physique », « le patronyme », « l'état de santé », « les caractéristiques génétiques » ou « le handicap » (ces éléments sont communs aux listes de l'article 225-1 C. pén. et L. 122-45 C. trav. (L. 1132-1 recod.)). Être blanc ou noir, homme ou femme, avoir des cheveux noirs ou blonds ou présenter l'un quelconque de ces critères n'est en rien un acte. Ces critères sont des attributs de la personne. En cela et pour cela, leur utilisation comme critère d'évaluation génère une évaluation globale de la personne indépendamment de ses actes, ce qui caractérise une violation du principe d'égalité des êtres humains, une « discrimination ».

L'idée est donc simple, les attributs d'actes peuvent servir de critère de différenciation et les attributs des personnes sont en principe prohibés.

■ 161 Sont aussi prohibées les distinctions faites selon les « mœurs », « l'orientation sexuelle », « la situation de famille », « la grossesse », « les opinions politiques », « les activités syndicales »(art. L. 225-1 C. pén., L. 122-45 C. trav. ; L. 1132-1 recod.), ou l'« exercice normal du droit de grève » (art. L. 122-45 C. trav. ; L. 1132-2 recod.). Ces critères prohibés visent eux des actes, mais ceux-ci ne sont pas anodins : ils sont l'exercice de droits fondamentaux consacrés par les traités ou la Constitution. Le respect qui leur est dû conduit à la prohibition des pressions qui pourraient être exercées à leur encontre. Leur présence comme critère discriminant est donc plus l'application des droits fondamentaux qu'ils expriment qu'une application à proprement parler du principe d'égalité. Certains de ces critères, comme les opinions religieuses ou l'orientation sexuelle, sont cependant aussi, parfois, utilisés comme des attributs de la personne. À la violation d'un droit fondamental, comme la liberté de conscience ou le droit à la vie privée, s'ajoute alors une violation du principe d'égalité.

■ 162 Les différentes listes de critères prohibés sont habituellement présentées comme limitatives. Et, au demeurant, la lettre de l'article L. 122-45 (L. 1132-1 recod.) semble bien aller dans ce sens, puisque sa liste n'est nullement précédée d'un « notamment ».

Ce caractère limitatif semble cependant peu compatible avec le droit international. La liste de critères discriminants prévue par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 est non limitative. Or ce texte est un traité d'ordre mondial, dont l'autorité est supérieure à celle de la loi française. Son ouverture devrait dès lors s'imposer, en dehors de la matière pénale. Dans le même sens, on notera que la liste de l'article 81 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne annexé au traité de Nice est non limitative et

Black plaque (157,1)

que, malgré le rejet du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, cette Charte pourrait bien un jour prendre force obligatoire en droit de l'Union européenne.

De plus, l'absence de caractère limitatif des listes de critères est le seul moyen d'agencer les différentes listes entre elles : la prohibition d'un certain nombre de critères de différenciation ne saurait se lire *a contrario* comme une autorisation des autres critères de différenciation.

Ainsi, par exemple, l'article L. 122-45 (L. 1132-1 recod.) n'inclut pas dans sa liste le critère de la « fortune ». Est-ce à dire qu'un employeur, qui souhaite « ne pas mélanger les torchons et les serviettes » peut exiger, lors de l'embauche d'un vendeur, qu'il démontre être propriétaire de biens immobiliers d'une valeur minimum de 250 000 euros ? Certainement pas. Un tel critère serait une violation de l'article L. 121-6 (L. 1221-6 et L. 1222-2 recod.) qui exige que « les informations demandées doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ». Mais son utilisation devrait surtout être considérée comme une discrimination faite selon la « fortune ». La fortune n'est en effet ni un acte, ni une compétence. Elle est ici utilisée comme un attribut de la personne. Elle doit dès lors être considérée comme un critère discriminant. L'article 14 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui prévoit expressément, dans sa liste de critères prohibés « la fortune », apparaît alors comme complémentaire de l'article L. 122-45 du Code du travail.

Ainsi, il semble bien que ce soit à tort que la plupart des interprètes du droit français prétendent que la liste de critères discriminants de l'article L. 122-45 (L. 1132-1 recod.) est limitative. Cette liste peut-être complétée par des listes internationales et par la jurisprudence. Une telle solution résulte de la signification même du principe d'égalité : celle-ci prohibe l'utilisation comme critère de différenciation de *tout* attribut des personnes et ces attributs ne sauraient être énumérés de manière exhaustive.

B. Du bon usage exceptionnel de critères prohibés

Les critères prohibés peuvent parfois être utilisés pour favoriser une catégorie de personne habituellement victime de discrimination. Ces mesures sont alors qualifiées de « positives ». L'étude des conditions de validité de ces discrimination positives ou prétendument telles sera menée ultérieurement (v. n° 168 et s.). Il s'agit ici d'étudier une question bien différente : celle de la possible justification, exceptionnelle, d'une utilisation d'un critère prohibé pour nuire en quelque sorte à la personne qui présente ce critère.

163

Il n'est pas interdit d'exclure les aveugles des concours de recrutement de pilote d'avion et il est possible de donner la préférence aux hommes noirs pour jouer le rôle d'Othello. Dans la tragédie de Shakespeare du même nom, Othello est un homme et il est noir. Et le respect dû à la pièce peut permettre au metteur en scène d'afficher une préférence pour les acteurs noirs et masculins. Une personne dotée de ce type physique a en effet une capacité particulière à incarner ce personnage. Un blanc devrait, pour y parvenir être maquillé et, même si l'on peut ainsi parvenir à créer une illusion convenable, celle-ci risque l'imperfection. L'appartenance physique aux catégories « noir » et « homme » est ici un critère de différenciation licite, *parce qu'*elle cause un surcroît de valeur objectif à un acte, et *dans la limite où* elle cause ce surcroît de valeur.

Ainsi, les critères du handicap, du sexe ou de la couleur de peau, tous pourtant expressément prohibés, n'en sont pas moins utilisables, par exception, s'ils sont directement et exclusivement utilisés pour évaluer la qualité ou l'utilité d'actes. Dans les exemples précédents, on n'évalue pas les noirs ou les handicapés ou les hommes, mais la capacité à incarner le personnage d'Othello ou à piloter un avion. L'attribut de la personne ici utilisé implique une valorisation ou une dévalorisation objective, nécessaire, d'un acte. Ainsi, par exemple, on comprendra que l'utilisation du critère du sexe dans la sélection des candidats à un emploi soit expressément autorisée par l'article R. 123-1 du Code du travail pour les professions d'acteur interprète, de mannequin ou de modèle.

■ 164 Ce type d'analyse se retrouve à l'identique en matière de discrimination protectrice de l'exercice des droits fondamentaux. C'est dans cette matière, au demeurant que se trouvent ses principales consécrations, au travers notamment de la jurisprudence sur les entreprises de tendance. Ces entreprises, dont l'objet est de défendre une opinion politique, syndicale, ou religieuse, peuvent légitimement préférer recruter des personnes adhérant à ces opinions, et ce malgré la prohibition de principe des discriminations selon les opinions politiques syndicales ou religieuses, dans la mesure où ces opinions apparaissent alors comme directement liées à la valeur d'actes. On ne reprochera pas à l'Église catholique de préférer recruter comme prêtre des personnes adhérant au dogme de cette Église, pas plus qu'on ne reprochera à un parti politique de choisir ses permanents parmi les personnes qui adhèrent aux principales idées défendues par ce parti. Dans ces hypothèses encore, un critère prohibé devient utilisable du fait de son impact objectif, direct, sur la valeur des actes professionnels, actes dont l'évaluation n'est pas prohibée. Et ce lien n'est ici présent que du fait du caractère très particulier de ces entreprises, dites « de tendance » (pour une première application en jurisprudence de ce raisonnement v. Ass. plén. 19 mai 1978, *Bull. Ass. plén.*, n° 1, *D.* 1978. IR. 391, note J. Pélissier).

■ 165 Ce type de logique a trouvé ses limites dans l'affaire dite « du sacristain homosexuel », laquelle manifeste le durcissement de la position de la jurisprudence vis-à-vis de telles différenciations basées sur des critères prohibés, même dans les entreprises dites « de tendance ». Ce sacristain avait été licencié au motif de son orientation sexuelle était jugée contraire au dogme de l'Église catholique dont il était le salarié. La Cour de cassation condamne le licenciement, au motif que cette orientation sexuelle était cachée et qu'elle ne réduisait en rien la valeur du travail du sacristain (Soc. 17 avril 1991*). L'homosexualité n'aurait pu être un motif de licenciement que si, vécue de manière ouverte, publique, y compris au temps et lieu de travail, elle avait créé un « trouble caractérisé dans l'entreprise » pour reprendre la terminologie de la Cour de cassation, un scandale en d'autres termes. La valeur du travail du salarié n'avait pas été affectée par son homosexualité et ce même si ce travail s'exerçait au sein d'une entreprise dont le but est la défense d'un dogme qui condamne l'homosexualité. Le critère prohibé ne peut être utilisé qu'associé à la démonstration d'un trouble objectif (Soc. 22 janvier 1992*) ou, si l'on préfère, à une perte objective de valeur des actes professionnels du salarié au sein de l'entreprise « de tendance ». Dans le même ordre d'idées, un journaliste de droite ne pourrait pas être licencié par l'organe officiel du parti communiste, pour peu que ses opinions ne soient pas exprimées au sein du journal et qu'ainsi elles ne portent pas atteinte à son positionnement politique.

Black plaque (159,1)

Cette solution, adoptée en matière d'atteinte aux droits de l'homme, a une vocation générale en droit des discriminations. Elle s'applique dans les mêmes termes en cas d'utilisation comme critère de différenciation d'un attribut de la personne. Il serait discriminatoire d'écarter du casting en vue de pourvoir le rôle de Juliette un acteur masculin, mais dont le sexe apparent est féminin. L'utilisation d'un attribut de la personne comme critère de différenciation ne pourra être tolérée que dans la mesure où il provoque un « trouble caractérisé », dans la mesure où, en d'autres termes, il a un impact objectif sur la valeur d'actes reconnus juridiquement comme rétribuables, évaluables.

Encore faut-il, bien entendu, que cette valeur de l'acte ne soit pas l'effet d'une dévalorisation de la personne. Serait coupable de discrimination un entrepreneur qui refuserait d'embaucher un noir à un poste en contact avec la clientèle en arguant du racisme de cette clientèle et du risque de perte que cette embauche occasionnerait. Si la valeur du travail est alors réduite, c'est parce que le candidat à un emploi est dévalorisé en tant que personne, indépendamment de ses actes ou de ses compétences. Cette dévalorisation n'est peut-être pas l'opinion personnelle de l'employeur, mais celle de ses clients. Elle n'en est pas moins la cause d'une différence de traitement. Et les différenciations ayant pour cause une dévalorisation de la personne sont prohibées. De surcroît, la soumission au racisme ou au sexisme d'autrui a les mêmes effets qu'une action directement raciste ou sexiste, ce qui justifie encore qu'elle doive être condamnée comme l'est une discrimination directement causée par les opinions inégalitaires de son auteur.

En conclusion, un attribut de la personne ne peut être utilisé comme critère de différenciation qu'à une double condition. Premièrement, il doit avoir un impact objectivement constatable sur la valeur d'actes dont la rétribution est autorisée. Et deuxièmement, il doit être indépendant de toute valorisation directe ou indirecte de la personne dans sa globalité. Les exceptions à la prohibition des différenciations selon un attribut de la personne apparaissent ainsi soigneusement limitées. 166

§ 2 Les discriminations du second cercle

La prohibition des discriminations directes, dites « du premier cercle », s'est vite révélée de peu d'effets pratiques. Dès que l'auteur d'une discrimination prend soin de déguiser un peu ses motivations, il est souvent difficile, voire impossible, de démontrer que son acte a été inspiré par l'utilisation d'un critère prohibé. Les discriminations, sont ainsi souvent masquées au niveau individuel. Une analyse menée à un niveau plus global révèle cependant leur fréquence. La situation d'infériorité maintenue des femmes ou des jeunes issus de l'immigration a fait l'objet de constatations statistiques éloquentes. Il n'est pas difficile de comprendre que cet état de fait s'explique par l'habituelle discrimination dont sont victimes ces personnes du seul fait de leur appartenance à une catégorie dévalorisée. Cet écart persistant dans la situation de ces catégories est un signe alarmant de l'ineffectivité du principe d'égalité. 167

Il est aussi producteur d'effets dangereux. L'inégalité matérielle n'est pas simplement l'effet de dévalorisations, elle en est aussi la cause, de par la tendance commune à dévaloriser les défavorisés. De ce que les femmes sont moins bien rémunérées, on déduira qu'elles sont moins efficaces. De ce qu'elles sont minoritaires dans le

Black plaque (160,1)

personnel politique, on déduira qu'elles sont plus intéressées par les choses de la vie quotidienne et demeurent extérieures à la politique. Il y a un effet boule de neige dans les inégalités. La dévalorisation provoque la différence de traitement, laquelle provoque la dévalorisation, etc. Aussi est-il apparu nécessaire de ne plus se contenter d'intervenir à l'un des moments du processus.

La lutte contre les comportements discriminants a ainsi été complétée par certaines mesure qui tentent d'empêcher les conditions de la discrimination, en imposant par exemple aux employeurs de rendre anonyme les *curriculums vitæ* qu'ils reçoivent de la part de candidats à un emploi avant de les évaluer (art. L. 121-6-1 C. trav. issu de la loi du 31 mars 2006 (L. 1221-7 recod.), et n° 180). L'idée de favoriser des procédures de négociation et d'incitation pour organiser la lutte dans les entreprises est, elle aussi, en plein développement (v. not. l'art. L. 132-27-2 sur la négociation annuelle obligatoire en matière d'égalité des salaires entre homme et femmes (L. 2242-7 recod.), ou l'accord national interprofessionnel du 12 octobre 2006, relatif à la diversité dans l'entreprise).

Mais c'est surtout la lutte contre certaines inégalités matérielles, en tant que telles, en tant qu'elles peuvent servir de terreau à de possibles discriminations futures qui doit attirer l'attention. Cet angle d'attaque permet d'agir sans avoir à prouver une intention de discriminer et même sans qu'il soit toujours nécessaire d'identifier l'auteur d'une différenciation. C'est à cette logique que l'on doit les principales évolutions de la matière, à savoir les discriminations positives et la prohibition des discriminations indirectes, lesquelles peuvent être qualifiées de discriminations du second cercle.

A. Les discriminations positives

■ 168 La discrimination positive ou « action positive » selon la terminologie européenne inspirée de l'anglais, est un mécanisme de rattrapage, de compensation, accordant des avantages spécifiques aux catégories qui habituellement sont désavantagées.

Ces discriminations positives sont problématiques. Elles font produire à un attribut de la personne un effet de différenciation. La qualité de femme sera ainsi reconnue, officiellement, comme devant être prise en compte lors de l'embauche, pour assurer un nombre d'embauche égal de femme et d'homme. Il s'agit bien d'une différenciation opérée selon le sexe, soit selon un critère prohibé et donc d'une discrimination. Cependant, l'objectif étant de rattraper une inégalité, en accordant à une catégorie ce qui lui est habituellement refusé, cette différenciation peut être autorisée. C'est ce qu'exprime clairement le droit européen qui autorise très clairement les « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés » à un critère prohibé (v. not. l'art. 7 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 et l'art. 141.4 du traité CE).

■ 169 On trouve, en droit du français, quelques rares discriminations positives.

Ainsi, aux termes de l'article L. 323-1 du Code du travail (L. 5212-2 recod.), tout employeur occupant au moins vingt salariés est tenu d'employer des travailleurs handicapés, mutilés de guerre ou assimilés, dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés. Mais l'article L. 323-8-2 du Code du travail (L. 5212-9 recod.) prévoit bien vite que les employeurs peuvent s'acquitter de cette obligation en versant une contribution financière aux fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (fond géré par l'Agefiph). Et la plupart des entreprises, en pratique,

Black plaque (161,1)

préfèrent verser cette contribution, plutôt que d'embaucher réellement des travailleurs handicapés. La loi du 11 février 2005 a cependant prévu une assez forte augmentation de cette somme, qui peut monter jusqu'à 1 500 fois le montant du SMIC horaire, multiplié par le nombre de bénéficiaires manquants, en cas d'irrespect complet des obligations d'emploi de personnes handicapées, pendant une durée de trois ans (art. D. 323-2 et D. 323-2-4 C. trav., Décr. 9 février 2006). Il faut espérer que ce coût accru de l'ignorance des obligations liées à l'emploi de personnes handicapées aura un impact important.

La prohibition du travail de nuit des femmes, en revanche, ne compte pas au rang des discriminations positives. Les femmes ne sont pas habituellement embauchées plus la nuit que les hommes. Il ne s'agissait donc pas d'accorder aux femmes un travail de jour qui leur aurait été plus souvent refusé qu'aux hommes. Prohiber le travail de nuit des seules femmes était une différenciation fondée sur la prétendue faiblesse de ce sexe face aux horaires décalés... La reconnaissance du caractère discriminatoire de cette prohibition par la Cour de justice de l'Union européenne (sur cette reconnaissance mouvementée, v. n° 63 et 65, CJCE 25 juillet 1991, *Stoeckel, Rec. CJCE*, p. I-4047) est une importante avancée dans la voie de l'égalité.

Plus généralement, pour qu'une discrimination « positive » soit admise, encore faut-il qu'elle soit véritablement « positive ». De nombreuses politiques de l'emploi créent, des statuts juridiques dérogatoires, plus précaires ou moins onéreux pour l'employeur, au « bénéfice » de certaines catégories de personnes plus frappées que d'autres par le chômage. L'idée est bien de favoriser leur accès à l'emploi. Mais les effets négatifs d'un statut dérogatoire moins favorable sont alors à mettre en balance avec les effets positifs escomptés, sans que le succès soit garanti. Pour connaître de la validité d'un tel dispositif au regard de la prohibition des discriminations, le raisonnement à suivre est le suivant.

Il s'agit d'un raisonnement du même type que celui suivit pour la justification des restrictions aux droits et libertés fondamentaux (v. n° 150-152) : l'effet négatif doit être justifié par l'effet positif attendu et il doit être proportionné à ce but (CJCE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold**). Dès lors, un contrat à durée déterminé spécial réservé aux « vieux » ne pourra être considéré comme licite que s'il est limité précisément aux secteurs dans lesquels les personnes âgés ont des difficultés d'emploi et si les limitations aux droits de ces salariés sont bien proportionnées aux gains espérés, etc.

La Cour de justice de l'Union européenne exerce un contrôle précis de ces argumentations économiques Ainsi, l'arrêt *Mangold** précité a invalidé le contrat « vieux » à l'Allemande, au motif qu'il n'avait pas été « démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage » (pt. 65). Le contrat « vieux » à la française a un champ d'application plus réduit que celui proposé par les Allemands puisqu'il est en principe réservé aux salariés de 57 ans et plus, demandeurs d'emploi depuis plus de trois mois (art. D. 322-24 C. trav. issu de l'ANI du 13 octobre 2005 entériné par Décr. 28 août 2006), alors que le contrat allemand visait toutes les personnes de plus de 52 ans. Mais il sera tout de même *a priori* bien difficile de démontrer que le seuil d'âge qu'il fixe est « objectivement nécessaire » à l'insertion professionnelle des salariés visés.

Plus généralement, c'est toute la législation qui crée des statuts particuliers pour les travailleurs jeunes ou vieux qui est aujourd'hui sommée de se justifier objectivement à peine d'être invalidée. L'arrêt *Mangold* est ainsi, peut-être, le premier pas

Black plaque (162,1)

d'une invalidation au moins partielle de ce Code du travail partiellement allégé, réservé aux plus jeunes.

■ 170 Même lorsqu'elles sont exclusivement et clairement favorables à la catégorie défavorisée qu'elles tentent d'aider, les discriminations positives demeurent une arme à n'utiliser qu'avec parcimonie. L'institutionnalisation d'un critère prohibé qu'elles réalisent peut provoquer une certaine cristallisation, une certaine légitimation de l'utilisation du critère. En Inde, la classification en castes s'est maintenue en droit afin d'ordonner des discriminations positives en faveur des basses castes. Et ce maintien a, dans une certaine mesure, figé voire cristallisé l'appartenance à une caste, contre l'objectif poursuivi qui était de l'abolir. Cet exemple, ou plutôt ce contre-exemple, doit rester à l'esprit comme le danger d'une utilisation systématique des discriminations positives. Celles-ci apparaissent nécessaires lorsqu'elles usent des critères les plus communément utilisés pour dévaloriser des personnes et lorsque l'inégalité provoquée selon ces critères est commune, flagrante. Tel est le cas en matière de sexe ou d'origine. Ces discriminations seraient plus que dangereuses si elles servaient à tenter de corriger le moindre déséquilibre. Il est peut-être démontrable qu'une certaine défaveur touche les gros ou les chauves dans l'embauche, du moins s'agissant de certains emplois. Il serait tout à fait illicite d'en tirer comme conséquence la mise en place d'une discrimination positive à l'embauche en leur faveur.

Cette inquiétude légitime est cependant loin d'être actuellement d'actualité en droit français : la tendance est encore à la frilosité dans l'acceptation des discriminations positives. On en tiendra pour preuve la décision du Conseil constitutionnel du 16 mars 2006 (2006-533 DC) qui a invalidé la disposition légale qui ordonnait aux listes de candidatures établies pour les élections professionnelles de respecter la proportion d'hommes et de femmes dans l'entreprise (v. n° 1083). La lutte pour l'égalité homme-femme aux élections professionnelles a, ainsi, été considérée comme attentatoire au principe d'égalité.

B. Les discriminations indirectes

■ 171 Les discriminations dites « indirectes », dont l'apparition en droit français est relativement récente, sont des actes qui indirectement provoquent une différenciation selon un critère prohibé. Ce qui se comprend mieux au travers d'un exemple.

Il se peut que, de bonne foi, un fabricant de vêtements rémunère mieux l'activité de découpe des tissus que l'activité consistant à coudre ces tissus, et ce par tradition ou par habitude. Si cependant, l'essentiel des salariés employés à la découpe sont des hommes, alors que l'essentiel des salariés occupés à coudre sont des femmes, le résultat de cette différence de traitement est de payer plus, en moyenne, les hommes que les femmes. Il se peut qu'aucun sexisme n'ait été à l'origine de cette différenciation et qu'au demeurant les quelques hommes employés à la couture soient payés sur les mêmes bases que les femmes, de même que les quelques femmes employées à la coupe obtiennent le même salaire que les hommes. Peu importe. Et là est toute la portée de l'innovation. Le système de rémunération conduit à une sous-rémunération, en moyenne, des femmes et cela suffit pour qu'il soit présumé discriminatoire. La discrimination est alors dite « indirecte », en ce sens que la rémunération n'est pas directement fixée selon le sexe. Elle est fixée selon la tâche, de découpe ou de couture. Mais la répartition des sexes dans ces deux catégories est très déséquilibrée ce qui fait qu'indirectement, le résultat de ce système est de provoquer une

discrimination sexiste. Ainsi se comprend la définition de la discrimination indirecte contenue à l'article « la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe » (art. 1.b, Dir. 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ; v. aussi, les termes similaires employés par l'art. 2.2. b Dir. 2000/43/CE du 29 juin 2000 et l'art. 2 b Dir. 2000/78 CE du 27 novembre 2000 *préc.*).

Cette évolution, venue des droits anglo-saxons *via* la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (v. not. CJCE 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80 et CJCE 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84) et plus récemment des directives européennes (*préc.*) n'a été intégrée que tardivement et avec réticence par la Cour de cassation (Soc. 23 novembre 1999, *Dr. soc.* 2000. 592, note M.-T. Lanquetin ; Soc. 9 janvier 2007, n° 05-43962, *Bull. civ.* V, n° 1). Elle a finalement été entérinée et généralisée à tous les critères de discrimination prohibés, par la loi du 16 novembre 2001, modifiant l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.).

Une conséquence évidente de cette évolution se situe sur le plan probatoire : celui qui se plaint d'une discrimination n'a plus qu'à démontrer la différence de traitement, il n'a plus à prouver l'intention, ce qui était le plus souvent une preuve quasi impossible à rapporter. Ce sera ensuite au défendeur de tenter de prouver que sa pratique est « objectivement justifié(e) par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but (sont) appropriés et nécessaires », selon les termes du droit européen (art. 1.b, Dir. 2006/54/CE du 5 juillet 2006 ; 2.b Dir. 2000/78 CE ; art. 2 b Dir. 2000/78 CE). Il subira, de ce fait, le risque de la preuve. C'est au demeurant sur ces importantes conséquences en termes de charge et de risque de la preuve qu'insiste la loi française du 16 novembre 2001 (v. l'art. L. 122-45 al. 4 ; L. 1134-1 recod.).

Pourtant l'évolution va au-delà : le déplacement de la charge de la preuve n'est que la conséquence d'une évolution de l'objet de la preuve. Il n'est plus nécessaire de prouver que la dévalorisation de la personne, ni même qu'un attribut de personne est un motif, une *cause* de différenciation. La différence de traitement est en elle-même prohibée, sous la seule condition qu'elle ait pour *effet* d'opposer des catégories définies par des critères interdits. En un mot le résultat est prohibé en lui-même. Et c'est en cela que les discriminations indirectes se rattachent bien au second cercle du droit des discriminations : elles sont la reconnaissance juridique de la nécessité de lutter contre certaines inégalités matérielles en tant que telles.

La possibilité laissée à l'auteur de l'acte de se justifier ne doit pas tromper. Celui-ci ne doit pas se contenter de prouver qu'il n'a eu aucune intention discriminante. Il doit prouver que la différenciation opérée est non seulement dépourvue d'intention discriminante, mais qu'elle est « objectivement justifiée », « appropriée et nécessaire » (v. les directives précitées). Cette difficile épreuve de justification nécessaire au « sauvetage » de la différenciation n'est pas sans rappeler les conditions d'une utilisation licite de critères prohibés en matière de discriminations directes (v. n°s 163 à 165) ou la justification d'une restriction faite aux droits fondamentaux (v. n°s 150-152).

§ 3 Égalité et contrôle de rationalité

En matière de salaire, et en matière de salaire seulement, le principe d'égalité va plus loin que la seule prohibition des discriminations. Par un arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996* la Cour de cassation a en effet affirmé la force juridique tout à fait générale du principe « à travail égal, salaire égal ». Ce principe a depuis été repris à de 172

nombreuses reprises, par la Cour de cassation (v. not. Soc. 28 septembre 2004 et 21 juin 2005), comme par le Conseil d'État (CE 8 juillet 1998, *Adam*, *Lebon*, p. 301 ; CE 27 juillet 2001, *Fédé. Santé et action sociale CGT*, *RJS* 2001, n° 1374). Il ordonne l'égalité de traitement y compris entre deux personnes, de même sexe, de même origine, de même religion, etc.

La signification plus précise de ce principe général est vite apparue en jurisprudence. Il n'était pas question d'exiger que tous les salariés exécutant un même type de travail reçoivent tous l'exacte même rémunération. Le principe « à travail égal, salaire égal » s'entend comme un principe qui ordonne de rémunérer également les travaux de valeur égale (en ce sens v. déjà Soc. 8 octobre 1996, *Bull. civ*. V, n° 311). Des différenciations diverses sont donc possibles, en fonction de l'ancienneté des salariés, de leur rendement, de la qualité du travail fourni, et de tout autre élément permettant de montrer que le travail exécuté par tel est d'une valeur supérieure à celui exécuté par tel autre.

Une fois que le salarié a montré qu'il était moins rémunéré que tel autre salarié exécutant une tâche *a priori* similaire, l'employeur n'est pas automatiquement condamné à égaliser les rémunérations. Simplement il lui incombe alors « de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence » (Soc. 28 septembre 2004). Il doit justifier « par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération » (Soc. 21 juin 2005).

■ 173 La règle « à travail égal, salaire égal » apparaît alors sous son véritable jour. Elle exige une justification rationnelle, objective et vérifiable, des différences de rémunérations. Il s'agit, en définitive, d'un commandement fait à l'employeur d'avoir été rationnel dans ses décisions. Ceci apparaît bien au demeurant dans l'espèce de l'arrêt du 21 juin 2005 susvisé. Une salariée de retour de maladie exigeait d'être aussi bien rémunérée que la salariée qui l'avait remplacée pendant son congé-maladie. L'employeur arrive cependant à résister à cette demande, en démontrant qu'il avait dû remplacer la salariée absente dans l'urgence (menace de retrait d'agrément), sur un poste où le recrutement est difficile (directrice de crèche). La raison apparaît convaincante à la Cour et elle en déduit que le principe d'égalité est respecté.

La jurisprudence *Ponsolle* prend alors tout son sens. Elle est bien une exigence de rationalité. Elle s'inscrit ainsi dans le mouvement jurisprudentiel plus ample qui tend à exiger du pouvoir patronal des justifications, une certaine cohérence. Elle est un élément de cette exigence montante qu'est la prohibition de l'arbitraire (v. aussi, au n° 153, l'interprétation possible en ce sens de l'art. L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) C. trav.).

Il est important de noter que ce contrôle de rationalité, fondé par le principe d'égalité, dépasse le seul contrôle du pouvoir de l'employeur. Ainsi, quoiqu'un arrêt du 3 mai 2006 (*Bull. civ.* V, n° 160, *RDT* 2006. 108, obs. G. Pignarre) ait pu un temps en faire douter, le principe à travail égal salaire égal s'impose tant à l'employeur qu'aux parties à une convention collective : Soc. 21 février 2007 (n° de pourvoi 05-41411, *RDT* 2007. 320, note T. Aubert-Montpeyssen). Par conséquent, l'existence d'une convention collective en ce sens ne saurait suffire à justifier une différence de salaire.

Black plaque (165,1)

section 3

Le droit à la sécurité

Le travail subordonné peut être une menace pour la personne physique, pour son corps, mais aussi pour sa santé mentale. La question de la sécurité physique du salarié est centrale en droit du travail et ce depuis l'origine. La loi sur les accidents du travail date du 9 avril 1898 et les règles d'hygiène et de sécurité furent parmi les premières à s'imposer dans la législation du travail. C'est plus récemment que cette branche du droit du travail a pu s'appuyer, en outre, sur la problématique des droits fondamentaux.

Le droit à la sécurité est en effet, aujourd'hui, sans conteste un des droits fondamentaux du travailleur salarié. Il peut être raccroché au droit à la sûreté de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 2), avec un doigt d'anachronisme et un fort appui sur l'idée de droits de l'homme aux significations évolutives. Il est plus directement issu de l'article 7 b) du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels ou de l'article 3 de la Charte sociale européenne, textes qui tous deux visent le droit du salarié à l'hygiène et à la sécurité. C'est aujourd'hui ce droit fondamental qui sert de principal fondement aux différentes obligations de sécurité qui pèsent sur l'employeur.

Le pan de la législation du travail relatif à la sécurité semble jusqu'ici fort bien résister aux assauts de la déréglementation. Le domaine est l'un de ceux dans lequel le droit européen est le plus développé : il comporte une directive cadre (n° 89/391/CEE du 12 juin 1989) et une trentaine de directives spécialisées. La question compose un titre du Code du travail assez complet (art. L. 230-1 et s. ; L. 4111-1 et s. recod.). La seule lecture de l'article L. 230-2 (L. 4121-1 et s. recod.) qui détaille les différents aspects de l'obligation générale de sécurité de l'employeur donne une assez bonne image des principes généraux qui gouvernent la prévention des risques dans l'entreprise. Ces principes sont au demeurant toujours en développement. Ainsi, notamment, la prise en compte de la sécurité mentale est relativement récente. Sa consécration légale ne date que de la loi du 17 janvier 2002, qui a intégré la protection de la santé « mentale » aux articles L. 230-2 et L. 236-2 du Code du travail (L. 4121-1 et L. 4612-1 recod.) et a adopté l'importante prohibition du harcèlement moral (art. L 122-49 C. trav. ; L. 1152-1 recod.). La matière comprend aussi et surtout des dizaines de pages de normes techniques, relative aux différents contextes de travail et une institution représentative des salariés spécifiques, le CHSCT (comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail). On peut encore noter que certaines règles organisent la coopération inter-entreprise sur les questions de sécurité (L. 235-1 et s. ; L. 4531-1 recod. ; R. 237-1 C. trav.), règles qui peuvent aller jusqu'à la création d'un collège inter-entreprise de sécurité sous la responsabilité du maître de l'ouvrage, dans les chantiers du bâtiment ou du génie civil (L. 235-11 C. trav. ; L. 4532-10 recod.). Et, même si cette coordination apparait parfois encore insuffisante au moins est-elle prévue en la matière, alors que le droit du travail en général reste fort timoré dès qu'il s'agit de sortir des frontières de la personnalité morale. Il faut enfin appeler que les questions d'hygiènes et de sécurité sont l'un des principaux aspects de la mission de contrôle des inspecteurs du travail.

Dans l'ensemble, la défense de la sécurité dans l'entreprise s'appuie sur un corpus légiféré riche et précis. Il est vrai que son enjeu, la santé et la vie des salariés, est absolument crucial. L'importance croissante de cet enjeu dans nos sociétés et l'essor de la problématique des droits fondamentaux ont même conduit à un puissant essor jurisprudentiel de l'obligation de sécurité de l'employeur.

Le point de départ à été le scandale de l'amiante. Ce produit hautement cancérigène a été reconnu comme la cause de dizaines de milliers de morts, alors même que le risque était scientifiquement démontré et qu'un intense *lobbying* avait été organisé pour le minimiser. L'intensité de ce scandale a conduit la Cour de cassation a dépasser les traditionnelles limites posées à l'indemnisation des accidentés du travail. Pour ce faire elle a considéré l'obligation de sécurité de l'employeur était une obligation de résultat dont la violation caractérisait une faute inexcusable. Or une telle faute permet d'engager la responsabilité personnelle de l'employeur en matière d'accident du travail (Soc. 28 février 2002*). Cette obligation de sécurité de résultat, vite consacrée par l'Assemblé plénière (Ass. plén. 24 juin 2005, *Bull. Ass. plén.*, n° 7) a rapidement dépassé le seul champ de l'indemnisation des accidents du travail. Elle est aujourd'hui utilisée de manière générale, pour permettre l'indemnisation de salariés soumis au tabagisme (Soc. 29 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 219), victime de harcèlement moral (Soc. 21 juin 2006*) ou pour ordonner à l'employeur d'assurer l'effectivité de la visite médicale de reprise du salarié malade (Soc. 28 février 2006* ; Soc. 13 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 373), etc.

175 L'invention de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur est d'abord passée par le traditionnel stratagème du contenu du contrat découvert au cœur de consentements improbables, mais prétendument toujours présents (v. les arrêts de 2002 et 2005, *préc.*). Ce fondement traditionnel mais fictif a depuis été abandonné au profit de celui, plus tangible, des textes du droit européen et du Code du travail (v. not. Soc. 29 juin 2005 ; 28 février 2006* ; 21 juin 2006*, 13 décembre 2006, *préc.*). Ce nouveau fondement est plus solide, même si les textes cités visent des obligations de l'employeur, qui, pour être exigeantes, ne sont pas expressément de résultat (sur cette interprétation de la directive qui n'impose pas aux États membres la création d'une responsabilité sans faute de l'employeur en matière de sécurité v. CJCE 14 juin 2007, aff. C 127/05). Le droit à la sécurité pourrait encore être cité comme fondement possible. Mais le fondement le plus solide de cette obligation est sans doute à rechercher dans de vieilles théories de la responsabilité civile. L'employeur est responsable parce qu'il détient l'autorité. Il est aussi responsable parce qu'il a reçu le profit (*Ubi emolumentum ibi onus* : là où il y a le gain il y a aussi la charge). Risque autorité, risque profit, ces idées fortes et anciennes s'imposent enfin, au XXIe siècle. Il aura fallu les morts causées par l'amiante pour faire passer ces idées simples. Ainsi comprend-on mieux pourquoi l'employeur doit indemniser les victimes, même s'il n'a pas commis de faute (Soc. 21 juin 2006*). L'évolution consacrée par la jurisprudence apparaît même, sous cet angle, étonnamment récente.

Pour échapper à son obligation d'indemnisation, l'employeur peut tenter de prouver qu'il ne pouvait pas avoir conscience du danger ou bien encore prouver qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour préserver le salarié de ce danger (Soc. 23 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 177 ; 31 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 336 ; 26 novembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 356). Ces moyens d'exonération ont pu faire penser que l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur était une simple obligation de moyens renforcée. Cependant ces moyens ont simplement été mentionnés comme

Black plaque (167,1)

permettant d'éviter la qualification de « faute inexcusable » en matière d'indemnisation des accidents du travail et il n'est pas certain qu'ils puissent être transposés à d'autres contextes. De plus et surtout, ils demeurent extrêmement difficiles à démontrer. L'employeur ne semble pouvoir s'exonérer de sa responsabilité qu'à la condition de prouver le caractère irrésistible et imprévisible du risque survenu, ce qui n'est pas sans rappeler la difficile preuve de la force majeure.

Cette responsabilité nouvelle de l'employeur, qu'étayent solidement les idées de risque profit et de risque autorité, présente cependant un danger. L'obligation nouvelle de l'employeur peut servir d'argument au soutien d'une intensification très nette du pouvoir exercé sur les salariés. L'idée est simple : il s'agit pour l'employeur d'affirmer que ses obligations en matière de sécurité lui ordonnent de *tout* faire pour éviter les risques ; et l'on imagine très vite une généralisation de la vidéosurveillance, l'organisation de fouilles à l'entrée et la sortie de l'entreprise, l'ouverture des armoires des salariés, de leur courrier, etc. Les risques pour la liberté individuelle apparaissent alors clairement. Ces risques peuvent être limités, si l'on prend soin de rappeler que le droit du salarié à la sécurité n'est qu'un droit fondamental parmi d'autres, qu'il n'est pas supérieur aux autres, et qu'il doit pouvoir être limité par d'autres droits fondamentaux, comme le droit au respect de la vie privée, ou même plus généralement par la valeur juridique qu'a la liberté individuelle.

À ce jour, la menace liberticide que constitue l'essor de l'obligation de sécurité demeure limitée. On notera simplement qu'elle n'est pas pour autant de pure forme. Lorsque la Cour associe l'obligation de sécurité de résultat à une obligation pour l'employeur de rendre la sécurité effective et qu'elle en déduit la gravité des fautes commises par les salariés qui refusent de se soumettre à la visite médicale de reprise (Soc. 13 décembre 2006, *préc.*), on peut trouver de bonnes raisons de s'inquiéter des possibles excès. Il faut espérer que dans les années à venir la Cour de cassation saura maintenir l'indispensable exigence de sécurité et la nécessaire indemnisation des victimes tout en évitant les possibles dérives sécuritaires qui pourraient s'étendre dans les entreprises.

Black plaque (168,1)

Biblio

Sur le problème, en général des droits de l'homme et du droit du travail

- G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1992.
- P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éds Liaisons, 2003.
- A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social,* Dalloz, coll. « Thèmes & commetaires », 2005.

Pour quelques exemples de difficultés liées aux nouvelles technologies

- J.-E. Ray, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », *Dr. soc*. 2004. 1077.
- J.-E. Ray, « L'ouverture par l'employeur des dossiers personnels du salarié », *Dr. soc*. 2005. 789.

Sur les discriminations

- D. Lochak, « La notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987. 778.
- M.-T. Lanquetin, « Le principe de non-discrimination », *Dr. ouvrier* 2000. 186-193.
- M.-T. Lanquetin, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000. 589-593.
- M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002. 1112-1124.

Sur le principe d'égalité

- A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990. 68.
- A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc*. 2004. 694.
- T. Aubert-Montpeyssen, « Principe à travail égal-salaire égal et politique de gestion des rémunérations », *Dr. soc*. 2005. 18.

Pour un approfondissement au-delà du droit du travail, de la problématique des droits de l'homme

- E. Dockès, *Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales*, Dalloz, 2005, spéc. les chapitres 1 à 3.

Sur l'obligation de sécurité dans l'entreprise

- S. Bourgeot et M. Blatman, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des travailleurs », *Dr. soc.* 2006. 635.
- *La sécurité dans l'entreprise*, *Dr. soc.* 2007, n° spécial, p. 671-741, avec not. P. Morvan, « *Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel il incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs ».

Documents

Exigence de justification et de proportionnalité

CE 8 juillet 1988, *Soc. Comptoir Lyon, Alemand, Louyot, Lebon T.*, p. 1403 ; *D*. 1990. Somm. 134, obs. D. Chelle et X. Prétot

« (...) l'article 2-4 du règlement intérieur établi par la société requérante dispose que : "En raison de l'obligation faite au chef d'établissement d'assurer la sécurité dans l'entreprise, il est

Black plaque (169,1)

interdit à tout membre du personnel de pénétrer ou séjourner en état d'ébriété dans l'établissement. En cas de doute l'employeur invitera l'intéressé à faire la preuve qu'il n'est pas en état d'ébriété, notamment au moyen de l'alcootest" ;

Considérant que ces dispositions ne pourraient être justifiées, eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, qu'en ce qui concerne les salariés occupés à l'exécution de certains travaux ou à la conduite de certaines machines ; qu'ainsi, elles excèdent, par leur généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise, (...) ;

(Dans) une entreprise spécialisée dans la métallurgie et la chimie des métaux précieux (...) si le contrôle des membres du personnel au moyen d'appareils permettant de détecter la présence de métal constitue une atteinte aux droits des personnes, une telle atteinte doit être regardée, en l'espèce, comme justifiée par les nécessités spécifiques de la prévention des vols et proportionnée à ce but, (...) ;

Mais (...) la nature particulière de l'activité de la société ne saurait légalement justifier la fouille par le service de surveillance des sacs, effets et véhicules du personnel ; (...) un salarié de l'entreprise doit pouvoir refuser de se soumettre à la détection susmentionnée pour un motif légitime ; (...) enfin, la personne contrôlée doit avoir la faculté d'exiger la présence d'un témoin ;

(...) en dehors des opérations périodiques de nettoyage prévues par le dernier alinéa de l'article R. 232-24 du Code du travail, et dont les salariés intéressés doivent être prévenus à l'avance, l'employeur ne peut faire procéder au contrôle de l'état et du contenu des vestiaires ou armoires individuelles, en présence des intéressés sauf cas d'empêchement exceptionnel, que si ce contrôle est justifié par les nécessités de l'hygiène ou de la sécurité ; que, faute de contenir cette précision, les dispositions précitées du règlement intérieur excèdent l'étendue des restrictions qui peuvent être légalement apportées sur ce point aux droits des personnes ».

CJCE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, *Rec. CJCE* , p. I-9981 ; *RDT* 2006. 31, obs. M. Schmitt

« Point 65 : Une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché (v., en ce sens, arrêt du 19 mars 2002, *Lommers*, C-476/99, *Rec. CJCE*, p. I-2891, pt. 39). Une telle législation nationale ne saurait donc être justifiée ».

Black plaque (170,1)

À la recherche d'un trouble caractérisé

Soc. 17 avril 1991, *Bull. civ.* V, n° 201, affaire du « sacristain homosexuel »

« Vu l'article L. 122-35 du Code du travail et l'article L. 122-45 du même Code, dans sa rédaction alors en vigueur ;

Attendu, d'une part, que ces textes interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses ;

Attendu, d'autre part, qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise (...) ;

Qu'en statuant ainsi (*en reconnaissant que le licenciement du salarié était justifié*), alors qu'elle s'était bornée à mettre en cause les mœurs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE,... »

Soc. 22 janvier 1992, *Rossard*, *Bull. civ.* V, n° 30

« Vu l'article 9 du Code Civil ;

Attendu que, selon ce texte, chacun a droit au respect de sa vie privée ; qu'il en résulte qu'il ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ;

(En l'espèce, une salariée d'un concessionnaire Renault avait été licenciée parce qu'elle avait acheté une Peugeot. La Cour d'appel considère que le licenciement est doté d'une cause réelle et sérieuse, la salarié ayant ainsi marqué sa défiance dans la qualité de la marchandise) ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, dans sa vie privée, le salarié est libre d'acheter les biens, produits ou marchandise de son choix et alors que, d'autre part elle s'est bornée à constater le simple achat d'un véhicule sans relever le moindre trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé de la salariée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ... »

Soc. 2 octobre 2001, *Nikon*, *Bull. civ.* V, n° 291 ; *Dr. soc.* 2001. 915, note J.-E. Ray

« Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

Black plaque (171,1)

Sur le principe « à travail égal, salaire égal »

Soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle, Bull. civ.* V n° 359 ; *Dr. soc.* 1996. 1013, note A. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n° 8

« Le conseil de prud'hommes a exactement rappelé que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du Code du travail ; qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ».

Soc. 28 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 228

« S'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe "à travail égal, salaire égal" de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence ».

Soc. 21 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 206 ; *Dr. soc.* 2005. 1047-1049, obs. C. Radé

« Ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", (...), l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ».

Sur l'obligation de sécurité de résultat

Soc. 28 février 2002, les arrêts « amiante », *Bull. civ.* V, n° 81 ; *Dr. soc.* 2002. 445-447, note A. Lyon-Caen ; *RTD civ.* 2002. 310-312, note P. Jourdain ; *D.* 2002. Jur. 2696-2701, note X. Pretot ; *RJS* 2002. 495-504, note P. Morvan

« Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable ».

Soc. 23 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 177 ; Soc. 31 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 336 ; Soc. 26 novembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 356

« En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Soc. 28 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 87 ; *RDT* 2006. 23, note B. Lardy-Pélissier ; *Dr. soc.* 2006. 514-517, obs. J. Savatier ; *Dr. soc.* 2006. 661, obs. S. Bourgeot et M. Blatman (arrêt rendu pour le quatrième anniversaire des arrêts « amiante »)

« Vu l'article L. 230- 2, I, du Code du travail interprété à la lumière de la directive CE n° 89/391 du 12 juin 1989...

Black plaque (172,1)

...l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité... ».

Soc. 21 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 223 ; *Dr. soc.* 2006. 832, note C. Radé ; *D.* 2006. Jur. 2831-2835, note M. Miné ; *RDT* 2006. 245, obs. P. Adam ; *D.* 2007. Pan. 183-185, note E. Dockès

« Engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés le salarié qui leur fait subir intentionnellement des agissements répétés de harcèlement moral (...)

l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité ».

TITRE 3

L'accès à l'emploi

176

Avant d'obtenir un contrat à durée indéterminée à temps plein, souvent synonyme de « véritable » emploi, les travailleurs auront dû passer par l'ANPE, par des entretiens d'embauche et par toutes les épreuves qui accompagnent le recrutement (chapitre 8). Et plutôt que de conclure directement un contrat de droit commun (chapitre 9), ils auront en général dû passer par l'expérience, parfois définitive, des petits contrats à durée déterminée (chapitre 10), du travail intérimaire (chapitre 11) ou du temps partiel (chapitre 12).

Dans ces difficiles épreuves qui précèdent souvent l'accès à l'emploi, la plus débattue aujourd'hui est celle que constitue la jungle des multiples « petits » contrats de travail. Conçus pour favoriser l'accès à l'emploi, ces contrats sont aussi autant de statuts dérogatoires, d'emplois au rabais, synonymes de précarité et qui peuvent stigmatiser celui qui en est détenteur au point de le priver d'accès au logement ou au crédit... Ceci explique, pour une part, l'actuelle contestation de ces contrats de travail spéciaux.

Cette contestation s'est d'abord exprimée fortement à l'encontre de deux contrats emblématiques : le contrat nouvelles embauches (CNE) et le contrat première embauche (CPE).

Le CNE est issu d'une ordonnance du 3 août 2005. Il s'agit d'un contrat à durée indéterminée qui peut être conclu par les entreprises de moins de 20 salariés et qui peut être rompu par simple lettre recommandée, sans motif exprès et à n'importe quel moment, au cours des deux premières années qui suivent l'embauche. Ce modèle a ensuite été repris, par la loi du 31 mars 2006 qui a créé l'éphémère contrat première embauche (CPE), bâti sur le même modèle, étendu à toutes les entreprises mais réservé aux jeunes de moins de 26 ans. Les grèves et manifestations de protestation organisées contre ce contrat on conduit à son abrogation quasi immédiate (loi du 21 avril 2006). Le CNE, lui aussi fort contesté lors de ces événements, mais néanmoins maintenu, a fait l'objet de recours en justice visant à écarter son application, sur le fondement de la convention n° 158 de l'OIT.

Cette convention a été récemment reconnue d'application directe par la Cour de cassation (Soc. 29 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 131 ; *RDT* 2006. 276, obs. P. Lokiec ; *Dr. soc.* 2006. 641, avis J. Duplat). Elle prévoit que tout licenciement doit être appuyé sur un « motif valable » (art. 4). Mais elle prévoit aussi la possibilité pour un État signataire de faire exception à cette exigence pour les salariés n'ayant pas acquis une période d'ancienneté minimale, à la condition que cette durée soit fixée d'avance et qu'elle soit « raisonnable » (art. 2.2 de la convention de l'OIT). Toute la question est donc dans

Black plaque (174,1)

l'appréciation de ce caractère « raisonnable ». Le Conseil d'État a jugé que les deux ans de la période de précarité était une période raisonnable (CE 19 octobre 2005, *CGT et a.*, *JCP* S 2005. 1317, note R. Vatinet ; *Dr. ouvrier* 2006. 84, obs. G. Koubi). Mais, depuis que l'ordonnance sur le CNE a été implicitement ratifiée par le législateur, les juges compétents sont les juges judiciaires (en ce sens, v. T. confl. 19 mars 2007, n° C3622, publié au *Lebon*, *RDT* 2007. 369, étude D. Guirimand). Et les cours d'appel de Paris (Paris 6 juillet 2007) et de Bordeaux (Bordeaux 18 juin 2007) ont déjà considéré que le délai de deux ans n'était pas raisonnable. La décision de la Cour de cassation reste à venir.

Plus généralement, c'est l'infernale multiplication des statuts spéciaux qui est aujourd'hui en question au travers des débats relatifs au contrat de travail unique. La réunion des différents contrats au sein d'un unique contrat était au programme du candidat Nicolas Sarkozy. L'application de cette mesure fait l'objet de négociations collectives, lesquelles doivent aboutir avant la fin de l'année 2007. L'abrogation des dizaines de contrats spéciaux au profit d'un unique type de contrat de travail aurait le grand avantage de réunifier au moins en partie le statut des salariés et de réduire quelque peu les discriminations à l'accès au logement ou au crédit. Elle permettrait en outre une très appréciable simplification du droit. Il reste bien entendu à savoir quel pourrait être la teneur de ce contrat « unique », dans le respect dû au droit international. Le danger est ici que la simplification ne soit l'occasion d'une destruction au moins partielle des protections juridiques dressées contre la précarité.

À ce jour l'avènement d'un tel contrat demeure hypothétique. La possibilité ridicule d'un contrat de travail supplémentaire, qui viendrait s'ajouter aux autres, et qui, en jouant outrageusement sur les mots, s'intitulerait tout de même « contrat de travail unique » n'est même pas tout à fait exclue...

Black plaque (176,1)

chapitre

8

Le recrutement

Black plaque (177,1)

Plan analytique

section 1

L'évaluation

§ 1 La collecte des informations

§ 2 L'appréciation des informations

§ 3 Les sanctions

section 2

L'intermédiaire en recrutement

§ 1 De l'essor à l'apogée

§ 2 La chute

8

Le recrutement

177 Le recrutement vise l'ensemble des opérations qui précèdent l'éventuelle conclusion d'un contrat de travail. C'est le moment, pour les futurs employeurs, de la recherche de candidats, de l'évaluation et du tri de ces candidats. C'est le moment, pour les salariés, de la recherche d'emploi.

Il s'agit d'une phase pleine de dangers pour les candidats à un emploi ne serait-ce qu'en termes de discriminations à l'embauche ou d'atteinte à la vie privée. Outre les principes de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) et de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 et s. recod.) (étudiés au chapitre 7), quelques règles tentent aujourd'hui d'encadrer l'évaluation des candidats à un emploi (section 1). Le recours à un intermédiaire en recrutement privé, personnage qui gratuitement ou non tente de vous trouver un emploi, conduit parfois à un accroissement des risques subis par le salarié dans cette période d'extrême fragilité qu'il traverse (section 2).

section 1

L'évaluation

178 Toutes les méthodes d'évaluation des candidats à un emploi possibles ont été testées. Les psychologues, graphologues, chirologues, morphopsychologues et astrologues y rivalisent de talent. C'est l'occasion de demander aux candidats de tout dire de leur petite enfance, de leur vie de famille, de leurs préférences sexuelles. C'est le temps, pour eux, de montrer ce qu'ils savent faire, lors d'un stage de survie en plein nature ou d'un grand concours de saut à l'élastique. Et, bien sûr, c'est le temps des terribles et inévitables entretiens préalables.

Tout ceci fut longtemps laissé à la libre appréciation des employeurs et les abus furent monnaie courante. Suite au rapport de Gérard Lyon-Caen sur *Les libertés publiques et l'emploi* (La Documentation française, 1992), en même temps qu'il adoptait l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, le législateur a tenté de juguler certains des pires excès commis au cours du recrutement, au travers de trois articles : les articles L. 121-6, -7 et -8 du Code du travail (L. 1221-6 à L. 1221-9 recod.).. Les abus demeurent monnaie courante, mais au moins sont-ils aujourd'hui illicites.

Cette réglementation de l'évaluation du candidat à un emploi ne doit pas pour autant être sous-estimée. Elle permet au salarié soucieux de préserver sa dignité lors de la recherche d'emploi d'être soutenu par la force du droit. De plus les règles imaginées pour encadrer le recrutement sont expressément rendues applicables par le législateur à *toute* évaluation du salarié ou du candidat à un emploi (les articles L. 121-6 et s. visent indifféremment le salarié et le candidat à un emploi. Dans la

Black plaque (179,1)

recodification, les articles L. 1221-6 et s. s'appliquent au candidat à un emploi et les articles L. 1222-2 et s. recod. recopient mot pour mot les mêmes règles, pour les appliquer au salarié). Et l'opération d'évaluation est présente non seulement à l'origine de la relation de travail, mais aussi tout au long de la relation de travail et c'est encore elle qui peut conduire au licenciement. Son encadrement juridique même récent et d'efficacité encore réduite est donc essentiel.

Pour évaluer, il est nécessaire d'abord de recueillir des informations et ensuite de s'en servir pour porter un jugement.

§ 1 La collecte des informations

179

La collecte des informations doit être transparente, c'est-à-dire réalisée par un dispositif préalablement porté à la connaissance du candidat (art. L. 121-8 C. trav. ; L. 1221-8 et L 1222-3 recod.). L'utilisation d'une caméra cachée dans la salle où les candidats attendent avant l'entretien préalable, ce qui a pu être pratiqué par le passé, est ainsi, par exemple, strictement interdite. Il n'est pas question de faire mener une enquête discrète par un détective privé ni de placer des micros, ni de faire procéder secrètement à l'analyse génétique du cheveu qu'a laissé tomber le salarié. De manière beaucoup moins rocambolesque, s'il n'est pas interdit de téléphoner à des personnes qui ont pu côtoyer le salarié dans sa vie professionnelle passée, il est interdit de le faire *à l'insu du salarié*.

La collecte d'informations doit de plus être limitée. Déjà en 1973, la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser que des questionnaires d'embauche « ne permettent pas à l'employeur d'exiger des renseignements sans rapports directs avec l'emploi sollicité » (Soc. 17 octobre 1973, *Fives-Lille-Cail*, *Bull. civ.* V, n° 484, arrêt concernant un salarié qui avait été embauché en cachant sa qualité de prêtre et auquel l'employeur reprochait d'avoir ainsi commis un dol). Le législateur de 1992 précise que les informations demandées au candidat ou au salarié doivent avoir pour unique finalité « d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé » (art. L. 121-6 al. 1er ; L. 1221-6 recod.) ou « ses aptitudes professionnelles » (art. L. 121-6 al. 1er ; L. 1222-2 recod.) ; et qu'elles doivent « présenter un lien direct et nécessaire » avec « l'emploi proposé »ou avec l'évaluation des « aptitudes professionnelles » (art. L. 121-6 al. 2 ; L. 1221-6 et L. 1222-2 recod.). Ces exigences et particulièrement l'exigence d'un lien « direct et nécessaire » prohibent la plupart des questions qui sont habituellement posées dans les tests psychologiques divers auxquels sont régulièrement soumis les candidats à un emploi. Les préférences culinaires, réactions possibles face à un accident de voiture et autres questions sur la situation de famille apparaîtront bien difficiles à relier de manière « directe et nécessaire » à un emploi de comptable par exemple. Et, évidemment, un stage de survie en plein nature est une source d'information qui n'a de liens directs et nécessaires avec aucun emploi connu, si ce n'est, peut-être, celui d'explorateur de la forêt vierge amazonienne…

Cette exigence d'un lien direct et nécessaire est aussi l'exigence d'un lien avouable, c'est-à-dire licite. Des questions du type : « avez-vous des enfants ? » et « avez-vous l'intention d'avoir prochainement des enfants ? » peuvent avoir pour l'employeur un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé, s'il craint les congés de maternité. Mais un tel lien est l'expression d'une discrimination sexiste doublée d'une atteinte à la vie privée. L'illicéité de telles questions ne fait donc pas de doute, nonobstant la fréquence avec laquelle de telles questions peuvent, en pratique, être posées.

Black plaque (180,1)

§ 2 L'appréciation des informations

■ 180 Les méthodes et techniques qui servent à évaluer les informations reçues doivent être transparentes, c'est-à-dire connues à l'avance par le candidat à emploi ou par le salarié (art. L. 121-7 al. 1er C. trav. ; L. 1221-8 et L. 1222-3 recod.). Pas question de soumettre à l'examen d'un graphologue la lettre de candidature manuscrite, si le candidat n'a pas été informé à l'avance de la mise en place d'un tel examen. Comme pour tout examen, le salarié doit pouvoir se préparer à l'évaluation qu'il va subir, en connaissance de cause.

Le point le plus important est peut-être encore l'exigence de l'alinéa 2 de ce même article L. 121-7 (L. 1221-8 al. 3 et L. 1222-3 al. 3 recod.) : les méthodes et techniques d'évaluation utilisées doivent être, selon le texte : « pertinente au regard de la finalité poursuivie ». Le législateur n'a pas cru possible d'aller jusqu'à exiger une « scientificité », les juges n'étant pas forcément très à même d'apprécier ce qui relève de la « science » et ce qui n'en relève pas. Il demeure que l'exigence de « pertinence » permet d'interdire les méthodes les plus charlatanesques. La sorcellerie, la cartomancie et la numérologie apparaîtront, de ce fait, unies dans l'illicéité. La recherche d'emploi est une chose trop grave pour la laisser dépendre d'un tirage de carte ou de lignes de la main.

Enfin, depuis la loi du 31 mars 2006, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, l'évaluation de l'ensemble des informations communiquées par écrit par le candidat à l'emploi doivent être examinées dans des conditions préservant son anonymat (art. L. 121-6-1 C. trav. ; L. 1221-7 recod.). La mesure va au-delà du simple *curriculum vitæ* anonyme ou anonymé puisqu'elle peut inclure dans son exigence d'anonymat les réponses à questionnaires et autres interrogations écrites demandées par l'employeur. Ce texte nouveau n'a toujours pas fait l'objet des décrets d'application annoncés, ce qui ne l'empêche nullement d'être obligatoire, son sens étant suffisamment clair et précis pour qu'il puisse être exécuté.

Toutes ces règles apparaissent belles et bonnes. Mais leur effectivité demeure bien faible. D'autant que les sanctions encourues ne sont pas évidentes.

§ 3 Les sanctions

■ 181 Le législateur de 1992 n'a pas prévu de sanctions spéciales pour les textes relatifs à l'évaluation. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'ils en soient dépourvus.

Lorsque l'évaluation négative du salarié conduit à son licenciement ou à une sanction disciplinaire, la violation des règles susvisées reçoit une sanction simple. Les informations recueillies ou l'évaluation réalisée ne peuvent pas être invoquées par l'employeur. Si celui-ci use de ces informations pour licencier ou sanctionner, il pourra être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou pour exercice irrégulier du pouvoir disciplinaire. Ainsi, sera considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée qui avait régulièrement volé son employeur, dès lors que ce vol a été démontré par un détective privé, dont l'activité n'avait pas fait l'objet d'une information préalable à la salariée (Soc. 23 novembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 333 ; *Dr. soc.* 2006. 227-229, obs. J. Mouly).

En revanche lorsque la violation des règles sus-décrites conduit à un refus de recrutement, la sanction est beaucoup plus difficile.

Black plaque (181,1)

Les incriminations pénales existantes, non spécifiques, n'apparaissent guère susceptibles d'être efficacement évoquées. Et ce même lorsque les violations des articles sus-décrits sont on ne peut plus flagrantes. La sanction pénale des discriminations suppose, par exemple, que le lien entre un critère discriminant prohibé et la non-embauche soit prouvé. Demander la religion du candidat dans un questionnaire est prohibé. Mais, entre le fait de prouver que cette question a été posée, ce qui est relativement facile si elle l'a été par écrit, et prouver que le refus d'embauche a été causé par la religion du candidat, la route est longue. Or seule la preuve du lien direct entre le refus d'embauche et la religion permet de caractériser une discrimination pénalement répréhensible aux yeux de l'article L. 225-2 du Code pénal. Et l'on comprend bien qu'une telle preuve soit difficile à rapporter.

Il aurait pourtant suffi de prévoir une peine d'amende en cas de violation des textes sur le recrutement, pour donner un pouvoir de menace crédible en la matière aux inspecteurs du travail, ce qui aurait grandement pu faire progresser les pratiques.

182

L'annulation de la procédure de recrutement irrégulière peut être demandée. Elle serait au demeurant probablement obtenue, notamment en cas d'atteintes aux droits de l'homme, d'atteinte à la vie privée par exemple. Mais on voit mal quel candidat aurait intérêt à exiger une telle annulation en justice. Après de longues années de procès, le contrat de travail de la personne embauchée sur le poste serait annulé et un nouveau recrutement, respectueux cette fois des règles, devrait être organisé. Les chances pour le glorieux auteur de ce procès victorieux d'être embauché et d'obtenir ainsi l'emploi convoité sont très faciles à évaluer...

Le candidat à un emploi ayant échoué lors d'une opération de recrutement illicite peut aussi demander des dommages-intérêts. Il n'est bien entendu pas certains que, si les règles avaient été respectées, il aurait obtenu l'emploi. Mais il peut souvent démontrer que l'irrégularité constatée lui a fait perdre une chance d'être recruté. Une telle action devrait prospérer (v. dans un contexte différent, Soc. 21 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 224, arrêt qui accepte la réparation du préjudice né de la perte d'une chance de conserver un emploi). Elle aurait cependant des chances de gains relativement modérées, la chance perdue devant, le plus souvent, être considérée comme faible. Le préjudice du non-recrutement peut être, en revanche, relativement important. Si la rémunération mensuelle de l'emploi proposé était de, disons, 2 000 euros, et si le candidat malheureux est resté au chômage pendant deux ans à la suite de cet échec, la perte totale pourrait être évaluée à un ordre de grandeur de 50 000 euros. Si l'on considère que l'irrégularité a fait perdre au salarié qu'une chance sur dix de décrocher le poste, des dommages-intérêt de 5 000 euros pourraient être envisageables. Ce n'est pas négligeable, mais c'est encore relativement peu pour justifier plusieurs années de procès. Et, pour obtenir un enjeu portant sur une telle somme, il nous a fallu imaginer une espèce relativement favorable... On peut tout de même espérer qu'une sanction pourra, à l'occasion, être ordonnée par cette voie. Sanction qui pourrait ne pas être négligeable pour peu que le juge se laisse aller à une évaluation punitive des dommages-intérêts dus. Sanction qui pourrait surtout faire un peu de bruit médiatique et contribuer ainsi à réduire l'illégalité des pratiques courantes.

Déjà en 1969, alors que les textes susvisés n'existaient pas, la Cour de cassation a su condamner un employeur à des dommages-intérêts simplement parce qu'il avait, dans un questionnaire d'embauche, laissé une question sur l'affiliation à un syndicat : cette seule mention dans le questionnaire a suffi pour prouver, selon la Cour, et la

Black plaque (182,1)

faute et le préjudice (Soc. 13 mai 1969, *Roclaine*, *Bull. civ.* V, n° 314). On est en droit d'attendre, avec la législation actuelle, une confirmation très nette de ce type de solution.

■ 183 La principale sanction reste, finalement, le droit accordé au salarié de mentir en cas de violation des règles sur le recrutement. La solution est clairement établie pour la salariée en état de grossesse, laquelle reçoit expressément du législateur le droit de taire son état, c'est-à-dire en clair, le droit de mentir à l'employeur qui lui poserait une question à ce sujet (art. L. 122-25 al. 2 C. trav. ; L. 1225-2 recod.). Pareil droit au mensonge doit être généralisé. L'article L. 121-6 alinéa 2 du Code du travail (L. 1221-6 et L. 1222-2 recod.) dispose : « (Les) informations doivent présenter un lien direct et nécessaire » avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi ou le salarié est tenu d'y répondre de bonne foi. » *A contrario*, lorsque les informations demandées n'ont pas de lien direct et nécessaire, le salarié a le droit d'y répondre de mauvaise foi. De même, le salarié doit pouvoir se taire, voire mentir, lorsque l'employeur lui demande des éléments dont l'utilisation est prohibée par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1232-1 recod.), comme la situation de famille, l'état de santé ou le handicap : ce silence ne pourra pas être une cause de licenciement et encore moins un dol (Soc. 21 septembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 262 ; *Dr. soc.* 2006. 106-108, obs. J. Savatier). Seule l'inaptitude, reconnue par le médecin du travail chargé de l'examen médical d'embauche, peut intervenir comme motivation valide d'une non-embauche ou, le cas échéant, d'un licenciement.

Ce droit au silence et ce droit de mentir apparaissent d'autant plus nécessaire qu'il s'agit des principales rétorsions qui puissent être exercées, dans la pratique, par les salariés victimes d'une violation par l'employeur des obligations légales relatives à l'information et l'évaluation.

section 2

L'intermédiaire en recrutement

■ 184 La tenue d'un bureau de « placement » consiste « à servir habituellement d'intermédiaire, sous quelque forme que ce soit, entre personnes appelées à se lier par une relation de travail les plaçant dans un lien de subordination l'une par rapport à l'autre » (Crim. 6 mars 1984, *Bloch* et *Riahi**). En d'autres termes un bureau de placement est un intermédiaire en recrutement : il agit en vue de rapprocher l'offre et la demande de travail salarié. Ce rapprochement est aussi utile que difficile. La nécessité d'intermédiaires, privés ou publics, chargés de faciliter cette rencontre n'est pas contestable.

Cette activité d'intermédiaire présente cependant de grands dangers, lesquels ont conduit à des réactions énergiques, syndicales d'abord, puis étatique (§ 1). La réglementation qui est issue de cette histoire est aujourd'hui très profondément remise en cause (§ 2).

Black plaque (183,1)

§ 1 De l'essor à l'apogée

La phase de recrutement est une phase pendant laquelle le demandeur d'emploi est dans une situation de grande faiblesse, en particulier dans les périodes de chômage de masse. Un des dangers est alors de voir des intermédiaires en profiter pour exiger des chômeurs toutes sortes d'engagements, notamment financiers. 185

Les bureaux de placement payant du XIXe siècle ont sinistre mémoire. Il fallait alors payer pour pouvoir, potentiellement, prétendre à un emploi. Les profits réalisés sur les demandeurs d'emploi, lesquels étaient aussi les personnes les plus démunies, apparurent vite insupportables. Et les marchands d'emploi qui avaient alors pignon sur rue concentrèrent sur eux des haines tenaces. Lutter contre ces bureaux de placement payant fut l'une des priorités des organisations ouvrières et ce dès la fin du XIXe siècle.

Pour empêcher que les travailleurs soient exploités avant même de trouver un emploi des bourses du travail furent créées à partir de 1886. Ces bourses, gérées par les syndicats, étaient d'abord, comme leur nom l'indique, des bureaux de placement. Elles permirent à cet indispensable rôle d'intermédiaire d'être réalisé dans des conditions satisfaisantes. Grâce notamment à des subventions de municipalités, elles fournirent aussi toutes sortes de services aux salariés : formation générale et professionnelle, bibliothèques, services sociaux, mutuelles médicales, etc. Elles furent aussi d'importants lieux d'action syndicale et militante. Une Fédération des bourses du travail fut créée en 1892. D'inspiration anarcho-syndicaliste, elle fut l'une des premières confédérations syndicales. C'est de son association avec la Fédération nationale des syndicats que naît la CGT en 1895 (la CGT devient alors l'unique confédération syndicale). Au sein de la CGT, elle gardera une grande autonomie, sous la direction de son secrétaire général, Fernand Pelloutier, de 1895 à 1901.

Au-delà des frontières, la lutte contre les bureaux de placement payants a eu aussi une grande importance. Cette lutte devait déboucher, en 1933 sur une convention de l'OIT, révisée par la convention de l'OIT n° 96, de 1949*, laquelle a été ratifiée par la France en 1953. Cette convention est encore en vigueur. Sa seconde partie, applicable à la France, ordonne la mise en place d'un service public chargé de servir d'intermédiaire de recrutement et prohibe, dans le même mouvement, les bureaux de placement payants. À cette prohibition, elle n'accorde que quelques très rares exceptions. Et elle ordonne que la création de bureaux de placement payants soit pénalement sanctionnée.

La France a longtemps pleinement appliqué cette convention. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale sont organisés les Services extérieurs du travail et de la main-d'œuvre, lesquels allaient être réorganisés et refondus en 1967 sous le nom, d'Agence nationale pour l'emploi, la fameuse ANPE. Cette agence, chargée de gérer le service public du placement, de servir d'intermédiaire en recrutement gratuit, pour les salariés comme pour les employeurs, a été dotée, jusqu'à la loi du 18 janvier 2005, d'un monopole de principe (anc. art. L. 311-1 et 311-2 C. trav.), qu'elle pouvait partager avec quelques organismes associés comme l'APEC (compétente pour le placement des cadres). La tenue de bureaux de placement privés était, conformément à la convention de l'OIT, assortie de sanctions pénales (anc. art. L. 361-1 C. trav.). 186

Ce monopole accordé au service public du placement a, depuis 1991, été progressivement remis en question.

§ 2 La chute

187 La première attaque est venue de l'Union européenne avec l'arrêt *Hoefner*, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 23 avril 1991*. Selon cet arrêt, les organismes publics chargés du placement sont des « entreprises ». Cette qualification, rudement contestée en doctrine, est la base d'un raisonnement, relativement complexe, qui conduit à condamner partiellement le monopole d'un organisme public de placement, en l'espèce celui de l'Allemagne.

Pour l'arrêt *Hoefner*, les organismes publics chargés du placement sont des entreprises un peu spéciales, puisqu'elles remplissent une mission d'« intérêt économique général ». Si la bonne réalisation de cette mission l'exige, une entorse aux règles de la concurrence peut être acceptée (art. 86.2 traité CE).

Mais, dit la Cour, l'organisme public allemand ne remplit pas bien sa mission, notamment sur certains marchés, comme celui du placement des cadres. Alors, le monopole a un effet négatif : il interdit aux entreprises privées de placement de compléter l'action de l'organisme public. Dans ces cas, non seulement le monopole ne permet pas de remplir la mission, mais il nuit à la mission... Dans de telles hypothèses, le droit de la concurrence doit s'appliquer, ce qui conduit à prohiber le monopole accordé à l'organisme public de placement.

L'existence d'une *position dominante*, pour un organisme doté d'un monopole légal, est vite démontrée. Quant à l'*abus* de position dominante, prohibé par l'article 82 du traité CE, il découle des mauvais résultats obtenus par l'organisme, ces mauvais résultats, pour la Cour, équivalant à une privation pour certains usagers du service du placement, privation qui est synonyme d'abus (v. le b) de l'article 82, *préc*.).

188 Le raisonnement peut apparaître un peu lourd. Ses conséquences sont claires : à chaque fois que l'on peut dire que le placement est insuffisamment bien réalisé par l'action de l'organisme public, son monopole doit être supprimé. L'arrêt se contente, en l'espèce, de conclure à la prohibition du monopole existant pour le placement des cadres et des dirigeants d'entreprises. Mais sa portée potentielle était beaucoup plus large. La Cour de justice a bientôt eu l'occasion d'affirmer que « pour tous genres d'activités », la demande de placement pouvait être mal satisfaite par les organismes publics (CJCE 11 décembre 1997, *Job Centre**). Le raisonnement de l'arrêt *Hoefner* a ainsi conduit une remise en cause généralisée du monopole des organismes publics de placement.

189 La logique de l'arrêt *Hoefner* peut être contestée. Premièrement, dire qu'un organisme public gestionnaire d'un service public est une « entreprise » apparaît bien discutable. Pourra-t-on un jour prendre prétexte de l'existence d'entreprises de gardiennage ou d'enquête privées, pour affirmer que la police ou l'armée sont des entreprises soumises au droit de la concurrence ?

Deuxièmement, et contrairement à ce que dit la Cour, l'intérêt général que protège le monopole de l'ANPE n'est pas la qualité du placement. Ce monopole est justifié par la crainte des abus que les agences privées de recrutement peuvent commettre, notamment du fait de la faiblesse des demandeurs d'emplois à leur égard. On aurait pu en déduire que pour les salariés les moins en situation de faiblesse, comme les cadres dirigeants par exemple, le monopole pouvait être écarté. Sa remise en cause généralisée n'est pas sans susciter de vives inquiétudes.

Black plaque (185,1)

190 La décision de la Cour de justice, réitérée depuis, entre en contradiction avec le droit antérieur de l'OIT, à savoir à la convention internationale n° 96 de 1949. La solution de ce type de conflit est connue depuis l'affaire du travail de nuit des femmes : en application de la jurisprudence *Levy* (CJCE 2 août 1993, *Levy*, v. n° 65) les États membres de l'Union européenne sont tenus de dénoncer les conventions de l'OIT qui entrent en conflit avec le droit européen.

Comme cela s'est déjà produit à propos du travail de nuit des femmes, l'évolution du droit européen a conduit à une renégociation des traités à vocation mondiale. L'OIT, sous influence des pays de l'Union européenne, a adopté en 1997 une convention n° 181, sur les agences d'emploi privé. Cette convention ouvre tous les domaines et toutes les professions à l'activité d'intermédiaire en recrutement. Son adoption permet aux États européens de se mettre facilement en règle avec le droit européen, puisqu'il leur suffit d'adhérer à la nouvelle convention, ce qui vaut dénonciation de l'ancienne. C'est au demeurant ce que plusieurs pays de l'Union européenne ont déjà fait (Espagne, Italie, Belgique, Pays-Bas, Portugal...).

191 La France a, elle, « oublié » de se mettre en règle et ce en violation du droit européen. Mais elle n'a pas pour autant décidé de respecter la convention n° 96 de 1949 de l'OIT. Elle a, au contraire, détruit par la loi du 18 janvier 2005 l'ancien monopole de l'ANPE.

La France réalise ainsi l'exploit de violer ses engagements vis-à-vis de l'OIT, tout en violant le droit européen. Ce qui montre la valeur qu'a le droit international pour le législateur français.

En bon droit, le juge français devrait appliquer la convention n° 96 de l'OIT, laquelle est antérieur à la création, en 1957 des Communautés européennes, et est toujours en vigueur. Il devrait de ce fait repousser la loi française et le droit européen et condamner les bureaux de placement privés pour violation du monopole que le traité continue à ordonner.

Alors que l'arrêt Hoefner de la CJCE avait déjà plus de dix ans, la chambre criminelle de la Cour de cassation continuait à sanctionner pénalement la tenue de bureaux de placement privés (Crim 11 mars 2003, *Dr. soc.* 2004. 223, obs. Yves Rousseau). Une telle résistance devra maintenant s'exercer tant contre le droit européen que contre la loi française. Sur le papier cette résistance, au nom du traité d'ordre mondial, serait juridiquement fondée.

Mais, elle est relativement hypothétique, la hiérarchie des normes étant tout de même, avant tout, un rapport de force. Elle sera en toute hypothèse éphémère. Une décision de justice expressément fondée sur la convention n° 96 de 1949 et qui s'opposerait tant au droit européen qu'à la loi « réveillerait » à n'en pas douter le législateur. Il lui suffirait alors de ratifier la convention n° 181 de 1997 de l'OIT (ratification qui vaut dénonciation de l'ancienne convention) pour qu'enfin les trois niveaux, national, européen et mondial, soient réunis dans un commun rejet du monopole de l'ANPE.

Dès lors, le droit futur, à brève échéance, semble bien devoir être celui que décrivent ensemble, la loi française, le droit européen et le droit nouveau de l'OIT non encore ratifié par la France.

192 Les bureaux de placement privés seront alors pleinement légaux. Selon la loi du 18 janvier 2005, ils devront être préalablement déclarés à l'autorité administrative et avoir le placement comme activité exclusive (art. L. 312-1 al 1er nouv. C. trav. ; L. 5323-1

Black plaque (186,1)

recod.). Ils tireront exclusivement leur revenu de la rétribution versée par les futurs employeurs, aucune rétribution, directe ou indirecte ne pouvant être exigée des demandeurs d'emploi (art. L. 310-2 nouv. C. trav. ; L. 5321-3 recod.). Cette dernière précision est importante : elle prohibe le principal des dangers que créé la banalisation des bureaux de placement. Le contournement de cette règle, par exemple par des pratiques de dessous de table versés par les candidats à un emploi ou par une somme versée par l'employeur mais récupérée sur les premières paies du salarié, est au demeurant l'une des grandes inquiétudes que peut nourrir la nouvelle législation.

Privée désormais de son monopole, l'ANPE pourra se transformer en véritable entreprise. Il lui est accordé le droit de créer des filiales, de prendre des participations (art. L. 311-7 al. 3 C. trav., recodifié en R.) et ses nouvelles pousses pourront être rémunérées par les employeurs. Sera-t-elle alors, à terme, soumise à des impératifs de productivité ? Ce qui pourrait la conduire à privilégier le placement le plus rémunérateur, celui des candidats de haut niveau, et d'oublier un peu les populations les plus touchées par le chômage...

Ces règles nouvelles, issues de la loi du 18 janvier 2005 ne seront, en toute rigueur, pleinement applicables qu'une fois la convention internationale n° 96 dénoncée ou remplacée par la convention n° 181 de 1997. Mais elles créent dès aujourd'hui, en pratique, une incitation à créer des agences de placement à but lucratif.

Black plaque (187,1)

Biblio

- Y. Rousseau, « Le service public de l'emploi et la jurisprudence de la CJCE », *Dr. soc*. 2002. 974.
- Y. Rousseau, « Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi », *Dr. soc*. 2005. 456.

Documents

L'évaluation du candidat

Extraits du Code du travail

Article L. 121-6

« Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles.

Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi ou le salarié est tenu d'y répondre de bonne foi ».

Article L. 121-7

« Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Le salarié est informé de la même manière des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard. Les résultats obtenus doivent rester confidentiels.

Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

Article L. 121-8

« Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi ».

L'intermédiaire en recrutement

Crim. 6 mars 1984, *Bloch* et *Riahi*, *Bull. crim.*, n° 94

« Toute activité consistant à servir habituellement d'intermédiaire, sous quelque forme que ce soit, entre personnes appelées à se lier par une relation de travail les plaçant dans un lien de subordination l'une par rapport à l'autre correspond à la tenue d'un bureau de placement ».

Black plaque (188,1)

Convention de l'OIT, sur les bureaux de placement payants, n° 96, 1949 (ratifiée par la France en 1953)

Article 1

« 1. Aux fins de la présente convention, l'expression bureau de placement payant désigne :

a) les bureaux de placement à fin lucrative, c'est-à-dire toute personne, société, institution, agence ou autre organisation qui sert d'intermédiaire pour procurer un emploi à un travailleur ou un travailleur à un employeur, à l'effet de tirer de l'un ou de l'autre un profit matériel direct ou indirect (...) ».

Article 3

« 1. Les bureaux de placement payants à fin lucrative, visés au paragraphe 1 a) de l'article 1, seront supprimés dans un délai limité dont la durée sera spécifiée par l'autorité compétente.

2. Cette suppression ne pourra avoir lieu tant qu'un service public de l'emploi ne sera pas établi. (...) ».

Article 8

« Des sanctions pénales appropriées (...) seront prescrites à l'égard, soit de toute infraction aux dispositions de la présente partie de la convention, soit aux prescriptions de la législation leur faisant porter effet ».

Extraits du traité instituant la Communauté européenne

Article 82 (ancien art. 86 cité par l'arrêt *Hoefner*, v. ci-dessous)

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

(...)

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; (...) ».

Article 86 (ancien art. 90, cité par l'arrêt *Hoefner*, v. ci-dessous)

« 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

Black plaque (189,1)

CJCE 23 avril 1991, *Hoefner*, C-41/90, *Rec. CJCE*, p. I-1979

« (...)

22. La circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques. Cette constatation vaut, en particulier, pour les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises.

23. Il s'ensuit qu'une entité, telle qu'un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, peut être qualifié d'entreprise aux fins d'application des règles de concurrence communautaires.

24. Il y a lieu de préciser qu'un office public pour l'emploi, qui est chargé, en vertu de la législation d'un État membre, de la gestion de services d'intérêt économique général, tels que ceux prévus à l'article 3 de l'AFG, reste soumis aux règles de concurrence, conformément à l'article 90, paragraphe 2, du traité, tant qu'il n'est pas démontré que leur application est incompatible avec l'exercice de sa mission (voir arrêt du 30 janvier 1974, *Sacchi*, pt. 15, 155/73, *Rec. CJCE*, p. 409).

(...)

28. (...), il y a lieu de rappeler, en premier lieu, qu'une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, *CBEM*, pt. 16, 311/84, *Rec. CJCE*, p. 3261) et que le territoire d'un État membre, auquel ce monopole s'étend, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin*, pt. 28, 322/81, *Rec. CJCE*, p. 3461).

29. Il convient de préciser, en second lieu, que le simple fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un droit exclusif au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité (voir arrêt du 3 octobre 1985, *CBEM*, précité, pt. 17). Un État membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues dans ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive.

30. Selon l'article 86, deuxième phrase, sous b), du traité, une telle pratique abusive peut, notamment, consister en une limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause.

31. Or, un État membre crée une situation dans laquelle la prestation est limitée, lorsque l'entreprise, à laquelle il a conféré un droit exclusif qui s'étend aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants.

32. Il convient de relever, en troisième lieu, que la responsabilité incombant à un État membre en vertu des articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité n'est engagée que si le comportement abusif de l'office en question était susceptible d'affecter le commerce entre les États membres. Pour que cette condition d'application soit remplie, il n'est pas nécessaire que le comportement

Black plaque (190,1)

abusif en cause ait effectivement affecté ce commerce. Il suffit d'établir que ce comportement est de nature à avoir un tel effet (voir arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin*, précité, pt. 104).

33. Un tel effet, potentiel, sur les échanges interétatiques existe notamment lorsque les activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises, exercées par des sociétés privées, peuvent s'étendre aux ressortissants ou aux territoires d'autres États membres.

34. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la quatrième question préjudicielle qu'un office public pour l'emploi, exerçant des activités de placement, est soumis à l'interdiction de l'article 86 du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie. L'État membre, qui lui a confié un droit exclusif de placement, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il crée une situation dans laquelle l'office public pour l'emploi sera nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86 du traité. Il en est ainsi notamment lorsqu'il est satisfait aux conditions suivantes :

– le droit exclusif s'étend à des activités de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises ;

– l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités ;

– l'exercice effectif des activités de placement par des sociétés privées de conseil en recrutement est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants ;

– les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres États membres. »

CJCE 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, *Rec. CJCE*, p. I-07119

« (...) 38... des bureaux publics de placement sont soumis à l'interdiction de l'article 86 du traité, tant que l'application de cette disposition ne fait pas échec à la mission particulière qui leur a été impartie. L'État membre, qui interdit toute activité de médiation et d'interposition entre demandes et offres d'emploi, lorsqu'elle n'est pas exercée par ces bureaux, enfreint l'article 90, paragraphe 1, du traité, lorsqu'il crée une situation dans laquelle les bureaux publics de placement seront nécessairement amenés à contrevenir aux dispositions de l'article 86 du traité. Il en est ainsi, notamment, lorsque se trouvent réunies les conditions suivantes :

– les bureaux publics de placement ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire, pour tous genres d'activités, la demande que présente le marché du travail ;

– l'exercice effectif des activités de placement par les sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur de dispositions légales interdisant ces activités sous peine de sanctions pénales et administratives ;

– les activités de placement en cause sont susceptibles de s'étendre à des ressortissants ou aux territoires d'autres États membres. »

Black plaque (191,1)

chapitre 9

Conclusion du contrat

Black plaque (192,1)

Plan analytique

section 1

La forme du contrat de travail

section 2

Clauses d'essai

§ 1 Nature de l'essai

§ 2 Finalité de l'essai

§ 3 Point de départ de l'essai

§ 4 Durée de l'essai

§ 5 L'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat

§ 6 Le maintien de certaines des règles du droit du licenciement

section 3

Clauses de non-concurrence

§ 1 Le temps, l'espace et la nature de l'activité

§ 2 Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise

§ 3 La contrepartie financière

La conclusion du contrat de travail est un moment important. Malgré la persistance du principe du consensualisme, il est strictement encadré juridiquement (section 1). La conclusion du contrat de travail est aussi l'occasion, pour l'employeur, de stipuler certaines clauses spéciales, dont les plus fréquentes sont les clauses d'essai (section 2) et de non-concurrence (section 3). 193

section 1

La forme du contrat de travail

Le contrat de travail est un contrat dont la forme est libre (art. L. 121-1 C. trav. ; L. 1221-1 recod.). Le contrat verbal, conclu par le simple échange des consentements est donc, en principe, valide. 194

Cette liberté de principe souffre de plusieurs limitations importantes. Les premières sont les règles qui exigent, pour les contrats de travail spéciaux, qu'ils soient à durée déterminée, temporaire, ou à temps partiel, la rédaction d'un contrat écrit, doté de toute une liste de mentions obligatoires.

De plus, même pour le contrat de travail de droit commun, à durée indéterminée et à temps complet, certaines formes doivent être suivies, et ce, afin d'organiser le recouvrement des charges sociales, de permettre aux salariés de bénéficier de leurs droits sociaux et aussi afin de leur transmettre une connaissance minimale des principaux éléments du contenu des rapports de travail. Il en est résulté toute une série de règles de forme, d'application tout à fait générale.

Afin de permettre un premier contrôle, la conclusion du contrat de travail doit tout d'abord faire l'objet de déclarations diverses, dont la principale est la déclaration préalable à l'embauche prévue par l'article L. 320 du Code du travail (L. 1221-10 et s. recod.) (v. aussi les art. R. 320-1 et s. et R. 362-1 C. trav.). Les différentes déclarations obligatoires peuvent être réalisées en une formalité unique, la déclaration unique d'embauche (Décr. 1er avril 1998), laquelle doit être envoyée à l'URSSAF. 195

L'omission de ces formalités de déclaration réalise le délit de travail dissimulé (art. L. 324-10 C. trav. ; L. 8221-4 et L. 8221-5 ; L. 8221-3 et L. 8221-5 recod.), lequel peut être puni d'un emprisonnement de trois ans ainsi que de diverses peines complémentaires (art. L. 362-3 et s. C. trav. ; L. 8224-1 et s. recod.). En outre, le salarié dont le travail aura été dissimulé a droit, en cas de rupture de son contrat de travail, à une indemnité forfaitaire minimale de six mois de salaire (art. L. 324-11-1 C. trav. ; L. 8223-1 recod.).

Toute embauche doit en outre être notée dans un registre du personnel, tenu à la disposition des délégués du personnel et de l'inspecteur du travail (art. L. 620-3 C. trav. ; L. 1221-13 et s. recod.).

196 L'employeur qui conclut un contrat de travail doit, de plus, transmettre par écrit au salarié un certain nombre d'informations, selon la directive du 14 octobre 1991*. Cette directive n'a pas fait l'objet d'une véritable transposition. Les obligations de l'employeur relatives au bulletin de paie, prévue à l'article L. 143-3 du Code du travail (L. 3243-1 et s. recod.), permettent d'assurer en partie l'application de cette directive en droit français. Le bulletin de paie, qui doit être remis au salarié au moment du versement de sa rémunération, comporte en effet certaines des mentions obligatoires dont la communication écrite est exigée par la directive de 1991. Mais non point toutes. La liste des mentions obligatoires du bulletin de paie (art. R. 143-2 C. trav.) ne couvre pas exactement l'ensemble des mentions exigées par la directive. Ainsi, par exemple, la directive exige que soit mentionné le lieu de travail du travailleur (art. 2.2, b), alors que le bulletin de paie n'exige que la mention de l'établissement dont dépend le salarié (R. 143-2, 1° C. trav.), ce qui ne revient pas nécessairement au même. Ou encore, la directive exige que soit mentionnée la « durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur » (art. 2.2, i), alors que le bulletin de paie se contente de mentionner le temps effectivement travaillé au cours de la période correspondante à la rémunération versée, ce qui est tout à fait différent.

La question est alors de savoir si, par voie d'interprétation, les juges français pourraient étendre les dispositions obligatoires du bulletin de paie, pour que celles-ci respectent les exigences de la directive. Si cette voie est possible, elle est obligatoire (CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Rec. CJCE*, p. I-4135, pt. 8 ; CJCE 16 décembre 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, *Rec. CJCE*, p. I-6911, pt. 20 ; CJCE 10 mars 2005, C-196/02, pt. 73).

197 Il semble cependant qu'en l'occurrence c'est trop tirer le texte « par les cheveux » et que l'interprétation ne permet guère de transposer. Une contradiction entre la directive et le droit français doit donc être reconnue. En conséquence, l'État français et les personnes publiques pourront être condamnés à appliquer directement la directive. L'État français pourra de plus être condamné pour défaut de transposition par la Cour de justice et il pourra encore être condamné à verser aux salariés de personnes privées des dommages-intérêts si la non-transposition leur a fait subir un préjudice (CJCE 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, *Rec. CJCE*, p. I-5357, pt. 39).

Mais les salariés d'employeurs privés ne pourront pas exiger la transmission de toutes les informations exigées par la directive. En effet, une directive ne saurait s'imposer directement aux simples particuliers que sont les *employeurs de droit privé* (CJCE 14 juillet 1994, *Faccini Dori**, v. sous le chapitre 3 et, dans le même sens, CJCE 5 octobre 2004, *Pfeiffer*, C-397/01 à C-403/01, pt. 108 ; CJCE 10 mars 2005, *préc.*, pt. 71). Seuls les salariés des *personnes publiques* peuvent se prévaloir directement de ce texte. Un document complémentaire écrit devra en conséquence leur être remis par l'employeur, au plus tard deux mois après le début du travail du salarié (art. 3.2 al. 1er de la directive) et ce document devra comporter l'ensemble des mentions exigées par la directive et omises par le bulletin de paie (art. 3.2 al. 2 de la directive).

La situation a, bien sûr, quelque chose d'ubuesque. Et il faut espérer qu'une prochaine transposition complète de la directive de 1991 fera sortir le droit français de l'incohérence dans laquelle il se trouve actuellement.

Black plaque (195,1)

section 2

Clauses d'essai

Les clauses d'essai sont des clauses qui portent sur le régime de la rupture unilatérale du contrat. Elles permettent sous certaines conditions et dans certaines limites, de faire exception au droit commun du licenciement et de la démission, et ce afin de permettre à l'employeur et au salarié d'évaluer les qualités de leur cocontractant sur pièces, pendant les premiers temps de l'exécution du contrat de travail. De la compréhension de cette nature (§ 1) et de cette finalité (§ 2) des clauses d'essai, découle la réglementation jurisprudentielle de l'essai : son point de départ (§ 3), sa durée (§ 4), le contrôle de l'abus du droit de rompre le contrat en cours d'essai (§ 5) et l'application, par exception, de certaines des règles qui encadrent le licenciement (§ 6). 198

§ 1 Nature de l'essai

La jurisprudence a longtemps hésité entre plusieurs compréhensions possibles de l'essai. L'essai a notamment pu être perçu par la Cour de cassation comme une sorte d'avant-contrat à durée limitée (Soc. 30 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 273) ou encore comme un contrat de travail assorti d'une « condition résolutoire » (Soc. 5 janvier 1945, *Dr. soc.* 1946. 36 ; Soc. 25 avril 1955, *Bull. civ.* V, n° 347). 199

Ce débat a été, pour l'essentiel, clôt par l'arrêt de la chambre sociale du 5 mars 1975, *Petrelluzzi* (*Bull. civ.* V, n° 112 ; *Grands arrêts*, n° 42). Cet arrêt affirme que le contrat a été « rompu en cours d'exécution ». Ce faisant, il écarte clairement l'idée d'un avant-contrat et il écarte implicitement l'idée d'une condition que celle-ci soit résolutoire ou simplement extinctrice, aucune référence n'étant faite dans la décision à la réalisation d'une telle condition.

Ce refus de percevoir le contrat de travail doté d'une période d'essai comme un contrat conclu sous condition demeure contesté en doctrine. Il s'impose pourtant. L'appréciation des capacités du salarié est une prérogative de l'employeur. Érigée comme condition du contrat de travail, elle serait une condition potestative, nulle par application de l'article 1174 du Code civil. Or, la validité des périodes d'essai n'est pas douteuse en l'état actuel du droit positif.

Il est dès lors préférable de suivre la solution implicite de l'arrêt *Petrelluzzi* (*préc.*). La rupture en cours d'essai n'est pas la réalisation d'une condition, mais plus simplement l'exercice d'un droit de résiliation unilatéral. Cette analyse est confirmée par le régime juridique de l'essai. Parmi d'autres solutions jurisprudentielles, on notera que la rupture unilatérale en cours d'essai peut être jugée abusive. Cela s'explique aisément si l'on admet que cette rupture est l'exercice d'un *droit subjectif*. Une telle solution serait nettement plus difficile à expliquer s'il ne s'agissait que de la réalisation d'une condition : l'« abus de réalisation de condition » étant un non-sens dans un système juridique prohibant les conditions potestatives.

La rupture de l'essai est donc bien l'exercice d'un droit de rompre unilatéralement. Elle ne diffère pas par nature du licenciement ou de la démission et ce même dans un souci de précision de la terminologie, la qualification de « démission » ou de

Black plaque (196,1)

« licenciement » sont bien distinguées, par la Cour de cassation, des « ruptures de la période d'essai (Civ. 2e, 26 octobre 2006, *Bull. civ.* II, n° 486). La clause d'essai s'interprète alors simplement. *Elle est une clause portant sur le régime de la rupture unilatérale du contrat, qui permet sous certaines conditions et dans certaines limites, de faire exception au droit commun du licenciement et de la démission.*

Comme toute exception, les clauses d'essai sont d'interprétation stricte. Ce que révèle notamment la jurisprudence organisant les conditions auxquelles l'existence d'une clause d'essai peut être reconnue. Comme l'affirme la Cour de cassation, : « une période d'essai ne se présume pas et doit être fixée, dans son principe et dans sa durée, dès l'engagement du salarié » (Soc. 19 février 1997, *Bull. civ*. V, n° 69 ; Soc. 27 janvier 1997, *Bull. civ*. V, n° 33). Une période d'essai ne peut pas, non plus, résulter de la seule application d'un usage professionnel (Soc. 23 novembre 1999, *Bull. civ*. V, n° 448, *Dr. soc.* 2000. 204, obs. J. Mouly). Elle doit être expressément prévue soit au sein du contrat individuel de travail, soit au sein d'une convention collective précise, portée à la connaissance du salarié et mentionnant expressément son caractère impératif (Soc. 29 mars 1995, *Dr. soc*. 1995. 459 ; Soc. 23 avril 1997, *Dr. soc*. 97. 640, note G. Couturier ; Soc. 7 mars 2000, *RJS* 2000, n° 369).

On notera cependant que cette dernière possibilité d'une convention collective imposant une clause d'essai, sans que cette clause soit reprise au contrat de travail fait sortir la convention collective de sa fonction normative classique et qu'elle doit, à ce titre, être critiquée (v. n° 77). D'autant qu'elle n'a guère d'utilité pratique : la meilleure garantie de l'information du salarié reste la stipulation de la période d'essai au sein du contrat individuel.

§ 2 Finalité de l'essai

■ 200 L'encadrement juridique de la validité et des effets de l'essai a été construit à partir de la finalité reconnue à l'essai. Celle-ci est clairement mentionnée dès le 27 avril 1933 par l'arrêt *Sté Goodrich* (*GP* 1933. 2. 101, s. n. a), p. 101 ; *Grands arrêts*, n° 40) : l'essai a pour finalité d'« apprécier les capacités » du salarié. Cette finalité a, depuis, été mentionnée expressément à de nombreuses reprises par la jurisprudence (v. not. Soc. 26 octobre 1999, *RJS* 1999, n° 1436, lequel mentionne dans un attendu de principe « la période d'essai (*a*) pour but de permettre l'appréciation des qualités du salarié »). Il faut ajouter que la clause d'essai n'a pas seulement pour effet de faire exception à certaines des règles du droit du licenciement. Elle permet aussi au salarié de s'affranchir des règles entourant la démission. Ce dont il faut déduire que l'essai a aussi pour finalité de permettre l'appréciation par le salarié des conditions de travail ou des qualités de l'employeur. Cette seconde finalité n'est pas expressément mentionnée en jurisprudence. Mais il faut simplement voir là un effet de la pratique. Les règles encadrant la démission du salarié sont bien moins contraignantes que celles qui encadrent le licenciement. De plus, les ruptures d'essai semblent essentiellement pratiquées par les employeurs. L'utilité, et donc la finalité principale des clauses d'essai, est l'évaluation du salarié.

Cette finalité peut être précisée davantage. L'évaluation du salarié n'est pas le propre de l'essai. Elle est réalisée par l'employeur tout au long de la relation de travail. Ce qui rend spécifique l'appréciation opérée pendant l'essai est qu'elle est la *première* évaluation par l'employeur du salarié.

De cette finalité, la jurisprudence a tiré l'essentiel du régime juridique de l'essai.

Black plaque (197,1)

Celui-ci pourrait être substantiellement modifié par la recodification. Celle-ci transforme l'article L. 122-4 alinéa 2 du Code du travail en un article L. 1231-1. La lettre de ce dernier texte exclu l'ensemble des règles du licenciement économique en cours d'essai (contrairement à la lettre du texte ancien). Si cette lettre nouvelle devait l'emporter sur les interprétations antérieures, la finalité de l'essai en serait substantiellement modifiée. La clause aurait désormais pour objectif de permettre à l'employeur d'apprécier non seulement les capacités du salarié, mais aussi les capacités économiques de l'entreprise à intégrer un salarié supplémentaire. L'essai serait alors strictement identique, dans sa finalité, à la période dite « de consolidation » ou « de précarité » du CNE (et ce contrairement à la présentation faite de cette période, qui était alors fermement différenciée de l'essai) (v. n° 176). Un tel changement de finalité ne pourrait rester sans impact sur le régime de l'essai. Il reste cependant hypothétique, les juges pouvant toujours considérer cet élément de recodification comme une maladresse contraire à la loi d'habilitation, et donc sans impact substantiel.

§ 3 Point de départ de l'essai

201 Parce qu'elle permet la première évaluation du salarié, la période d'essai doit nécessairement se situer au commencement de la relation de travail, sans que les parties puissent en différer l'application (v. not. Soc. 25 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 83 ; Soc. 25 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 173). Il en résulte encore qu'une période d'essai ne peut être stipulée valablement lorsque l'employeur a « déjà pu apprécier (les) capacités professionnelles » du salarié, lors d'une précédente relation de travail (Soc. 26 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 78). Lorsqu'un salarié est déjà depuis un certain temps dans l'entreprise, l'employeur a pu se faire une première idée de ses capacités, aucun avenant ne pourra réintroduire une clause d'essai. Si le salarié change radicalement de fonctions, une clause de « mise à l'épreuve » ou une « période probatoire » pourront être conclues. Mais ces clauses ne sont pas à proprement parler des clauses d'essai : elles ne permettent pas la rupture du contrat. Si l'épreuve s'avère non concluante, cela permettra simplement de replacer le salarié dans ses anciennes fonctions (Soc. 30 mars 2005, *Dr. soc.* 2005. 810).

De plus, il faut rappeler qu'en principe, la première évaluation du salarié par l'employeur se situe au cours du recrutement, avant l'embauche. L'essai a pour objet de reporter cette première évaluation dans le temps, dans le but de permettre à l'employeur de juger le salarié *en situation de travail*. Ce qui explique la distinction de l'essai et du stage (Soc. 1er février 2000, *RJS* 2000, n° 246) ou d'une période de test professionnel pendant laquelle le salarié n'est pas placé dans des conditions normales d'emploi (Soc. 4 janvier 2000, *Dr. soc.* 2000. 550, obs. J. Mouly).

§ 4 Durée de l'essai

202 La loi n'a posé de durée maximale de l'essai qu'au sujet de certains contrats spéciaux (v. not. art. L. 122-3-2 C. trav., L. 1242-10 recod., pour les contrats à durée déterminée, art. L. 124-4-1, L. 1251-14 recod., pour les contrats de missions...). Hors ces hypothèses et en l'absence de limitation prévue par une convention collective, aucun texte ne limite la durée de la période d'essai.

Black plaque (198,1)

La jurisprudence, cependant, invalide les clauses d'essai dont la durée apparaît inutilement longue pour apprécier les qualités professionnelles du salarié (Soc. 21 décembre 1977, *Bull. civ*. V, n° 727 ; *D.* 1978. IR. 74 ; Soc. 9 juin 1988, *Bull. civ*. V, n° 348 ; Soc. 7 janvier 1992, *RJS* 1992, n° 244). L'appréciation du temps nécessaire et du temps qui ne l'est pas semble cependant demeurer, pour la Cour de cassation, une question de fait relevant de la compétence des juges du fond. Cette durée dépend en outre, naturellement, des fonctions exercées par le salarié. Ce contrôle de nécessité de la durée de l'essai, expressément exigé par l'arrêt précité du 7 janvier 1992, est signifiant d'une certaine rigueur.

L'interprétation de l'essai selon sa finalité n'a pas seulement permis une limitation de sa durée. Elle peut aussi en permettre l'allongement : en cas d'absence du salarié, pour cause de maladie ou de congés par exemple, l'écoulement de la période d'essai doit être suspendu jusqu'au retour du salarié (En ce sens, v. not. Soc. 5 mars 1997, *Bull. civ*. V, n° 94 ; Soc. 26 octobre 1999, *RJS* 1999, n° 1436 ; Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 06-41338). Et cette solution est encore une simple application de la finalité de l'essai : lorsque le travail est interrompu, les possibilités d'évaluation le sont aussi.

§ 5 L'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat

■ 203 Au cours de l'essai l'employeur a le droit de résilier le contrat de travail sans avoir à justifier d'une cause réelle et sérieuse. Ce droit, quoique parfois qualifié improprement de discrétionnaire par la Cour de cassation (v. par ex. Soc. 6 décembre 1995, *Bull. civ*. V, n° 330 ; *JCP* 1996. II. 22671) est susceptible d'abus (ce que confirme l'arrêt *préc*.). La reconnaissance explicite de ce possible abus est constante depuis l'arrêt *Dame Courtia* du 17 mars 1971 (*Bull. civ*. V, n° 216 ; *Grands arrêts*, n° 41). Cet arrêt qualifie d'abusive une rupture en cours d'essai « sans rapport avec l'exécution du travail ». L'espèce était, il est vrai, assez caricaturale, puisque le motif de la rupture était le prochain mariage de la salariée. Mais ceci n'a pas limité la portée de la solution. L'abus est aujourd'hui reconnu à chaque fois que le salarié peut prouver que le motif de la résiliation est étranger à l'appréciation de ses capacités professionnelles. Ainsi, par exemple, l'arrêt du 18 juin 1996 (*Bull. civ*. V, n° 247) déclare abusive la rupture du contrat d'un salarié malade dont l'essai était suspendu « avant la reprise du travail par le salarié et en raison du dynamisme et de la qualité des prestations de son remplaçant » (v. aussi les autres exemples donnés en annexe).

La rupture de l'essai ne peut donc avoir lieu que pour un motif lié à la finalité de l'essai. En clair, le droit de résiliation unilatérale accordé à l'employeur en cours d'essai doit avoir un motif tiré de l'insuffisance professionnelle du salarié. Tout autre motif sort de la finalité dans laquelle ce droit de rupture unilatérale élargi a été accordé à l'employeur et caractérise un abus de ce droit de rompre l'essai. Si l'employeur veut rompre le contrat pour un autre motif que l'insuffisance professionnelle, il devrait donc, en principe, suivre les règles du droit du licenciement.

Logiquement cette solution devrait conduire à l'application du droit du licenciement économique en cours d'essai. Mais cette question doit être replacée dans la problématique plus générale du maintien de certaines des règles du droit du licenciement en cours de période d'essai.

Black plaque (199,1)

§ 6 Le maintien de certaines des règles du droit du licenciement

204

Les règles auxquelles la période d'essai permet de faire exception sont définies maladroitement par le Code du travail actuel par un double renvoi. L'article L. 122-4 alinéa 2 du Code du travail dispose : « Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ». Le pronom « ces » renvoie aux règles visées par l'alinéa premier, aux termes duquel « Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserves de l'application des règles ci-après définies ». Les règles auxquelles l'essai fait exception sont donc, littéralement, les règles qui premièrement encadrent la rupture unilatérale du contrat à durée indéterminée et qui deuxièmement sont situées dans le Code du travail à la suite de l'article L. 122-4. Cet article étant placé en tête de la section du Code du travail intitulée « Résiliation du contrat de travail à durée indéterminée », on pourrait en déduire que l'essai emporte exception à toutes les règles définies dans cette section et à elles seules.

Cette signification littérale ne peut cependant être retenue dans toute sa rigueur. Par exemple, la prévision d'une période d'essai au sein d'un contrat à durée déterminée fait exception à l'article L. 122-3-8 du Code du travail, lequel limite les causes de rupture de ces contrats à la faute grave et à la force majeure. Cet article est écarté alors même qu'il précède l'article L. 122-4 au sein du Code du travail et qu'il ne concerne pas les contrats « sans détermination de durée » auxquels fait référence ce texte. En sens inverse, il est tout aussi clair que l'article L. 122-12 du Code du travail est applicable aux salariés qui exécutent une période d'essai, alors même qu'il est situé dans la même section que l'article L. 122-4 et qu'il suit ce dernier. Dans un tel contexte, il faut ne pas accorder trop d'importance à la rédaction maladroite de ce texte, au profit de son interprétation téléologique. En vertu d'une telle interprétation, les règles auxquelles l'essai fait exception sont celles dont l'application est exclue par la finalité de l'essai.

Cette interprétation téléologique qui guidait la jurisprudence pour l'essentiel (v. n° 205 et s.) pourrait être remise en cause par l'ordonnance de recodification du 12 mars 2007 (sur cette ordonnance, v. n° 51). Celle-ci transforme l'article L 122-4 alinéa 2 du Code du travail en un article L 1231-1 aux termes duquel :

« Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».

Littéralement le changement semble minime. À regarder de plus près il est considérable : le nouveau « titre » n'inclut pas certaines règles qui étaient dans la section susvisées et réciproquement d'autres textes sont dans ce titre, alors qu'elles étaient absentes de la section visée par le texte du Code actuel.

Cela modifie les termes du débat, pourrait consolider quelques solutions anciennes, mais aussi produire quelques solutions nouvelles. Cette influence, qui va à l'encontre de l'idée d'une recodification à droit constant, n'est pas certaine. La jurisprudence pourrait préserver la logique et n'écarter que les règles dont l'application est contraire à la logique de l'essai. Mais entre la logique et un texte, il n'est pas certain que la logique l'emporte.

Quoi qu'il en soit, il est indispensable pour comprendre le fonctionnement de l'essai et ses limites jurisprudentielles actuelles et à venir, de bien comprendre sa finalité.

■ 205 En principe, la première évaluation du salarié par l'employeur se situe au cours du recrutement, avant l'embauche. L'essai a pour objet et pour finalité de reporter cette première évaluation dans le temps, afin de permettre à l'employeur de juger le salarié en situation de travail réelle. L'appréciation négative des capacités du salarié conduisant à la rupture du contrat pour motif personnel n'est pas de même nature pendant ou après l'essai. Pendant l'essai, *comme pendant le recrutement,* l'évaluation est une création d'opinion à partir d'un doute initial. Une certaine confiance *a priori* est ensuite accordée par l'employeur. Si la relation de travail continue après l'essai, il est dit que celui-ci était « concluant ». Cela signifie simplement que l'employeur s'est forgé une première opinion favorable du salarié. Une réévaluation négative, postérieure à l'essai, pourra être un motif personnel de licenciement. Mais alors cette nouvelle évaluation s'analyse comme un changement d'opinion, assez radical, de l'employeur sur les capacités d'un salarié précédemment évalué de manière positive. Un tel changement suscite une certaine méfiance *a priori*. Laquelle s'exprime au sein de diverses règles du droit du licenciement, comme l'exigence d'une cause réelle et sérieuse ou encore comme les formes et procédures qui encadrent l'expression du motif ou encore comme l'article L. 122-14-3 alinéa 2 du Code du travail (L. 1235-1 recod.) qui fait peser sur l'employeur le risque de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement. À la confiance accordée au rendu d'un premier avis succède la méfiance qui s'attache à un changement d'avis. C'est parce que cette méfiance n'a pas encore lieu d'être pendant l'essai, que ces règles lui sont inapplicables. Il est en revanche des règles du licenciement qui ne sont en rien fondées sur la méfiance du droit face à la motivation du licenciement. Et ces règles devraient, en principe, s'appliquer à l'essai.

Il en va ainsi clairement des quelques règles qui ne se contentent pas d'encadrer le licenciement mais régissent aussi expressément le recrutement lui-même. Le législateur a en effet considéré que la liberté d'évaluation qui caractérise le recrutement n'était pas exclusive d'un encadrement minimal. Et cet encadrement minimal doit être considéré comme applicable, *a fortiori*, à l'évaluation au cours de la période d'essai. Il en va ainsi, par exemple, des exigences de transparence et de pertinence des méthodes d'évaluation, expressément applicables au recrutement en vertu de l'article L. 121-7 du Code du travail (L. 1221-8 recod. pour le recrutement et L. 1222-3 recod. en cours de contrat). Il en va de même de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.), qui prohibe les discriminations, article qui vise lui aussi expressément le recrutement dans son champ d'application. Cette application de la prohibition des discriminations au cours de la période d'essai est au demeurant confirmée en jurisprudence (Soc. 16 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 52 ; *RJS* 05/05, n° 469), y compris en matière pénale (Crim. 14 octobre 1986, *Bull. crim.,* n° 287).

L'applicabilité en cours d'essai de ces textes serait confirmée par une lecture littérale de la recodification. Les articles qui remplacent les articles L. 122-45 et L. 121-7 sont situés hors du titre sur le licenciement. Or seuls les textes de ce titre sont exclus, en cours d'essai, par l'article L. 1231-1 alinéa 2 de la recodification.

■ 206 La question est plus difficile lorsque la confiance *a priori* accordée à la rupture en cours d'essai est contrebalancée par un motif particulier de méfiance du législateur

Black plaque (201,1)

envers l'acte de rompre le contrat de travail. En présence de ce conflit, ordinairement, la jurisprudence fait prévaloir la règle spéciale du droit du licenciement sur l'essai. Ainsi, la protection contre le licenciement des représentants du personnel est applicable en cours d'essai (v. Crim. 5 novembre 1974, *Jur. Soc UIMM* 1975, n° 349, p. 124 ; Soc. 26 octobre 2005, 2 arrêts, *Bull. civ.* V, n° 306 ; *D.* 2006. Jur. 115-118, obs. J. Mouly). Ainsi encore, la protection contre le licenciement des salariés victimes d'un accident du travail s'applique-t-elle aux salariés accidentés pendant leur période d'essai, y compris l'obligation de l'employeur de suivre les indications du médecin du travail et de reclasser, si nécessaire, le salarié sur un poste différent de celui qu'il occupait à l'origine (Soc. 25 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 80 ; *Dr. soc.* 1997. 409, note C. Roy-Loustaunau). Encore une fois, ces solutions seraient confirmées par la recodification, les protections des représentants du personnel et des victimes d'accident étant en dehors du titre exclu par l'article L. 1231-1.

207 L'application du droit protecteur des femmes enceintes est plus nuancée dans la jurisprudence. Les règles concernant le congé maternité doivent, bien entendu être appliquées. L'article L. 122-25 du Code du travail (L. 1225-1 recod.) qui interdit de prendre en compte l'état de grossesse d'une femme pour résilier son contrat est expressément applicable (Soc. 27 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 80) et la Cour de cassation en déduit que des dommages-intérêts sont dus en application de l'article L. 122-30 alinéa 1er du même Code (L. 1225-71 recod.). En revanche, la Cour refuse à la femme enceinte en période d'essai la protection contre le licenciement qui s'applique pendant toute la période de la grossesse (art. L. 122-25-2 C. trav. ; L. 1225-4, L. 1225-5, L. 1225-6 recod.) et qui interdit à l'employeur de licencier la salariée pour tout autre motif qu'une faute grave ou une impossibilité de maintenir le contrat non liée à la grossesse (Soc. 31 mars 1971, *Bull. civ.* V, n° 273 ; Soc. 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-44806, *Bull. civ.* V, n° 415). Le conflit entre cette disposition et l'objet même de l'essai est patent. La Cour a tranché ce conflit au profit de la stipulation d'un essai et a ainsi sacrifié la protection de la femme enceinte au profit de la liberté de l'employeur de rompre en cours essai. Cette solution, très discutable, a cependant une portée limitée. Un licenciement pour un motif lié à la grossesse caractérise dans tous les cas une discrimination sexiste directe (v. CJCE 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88, *Rec. CJCE*, p. I-3941 et plus spécifiquement, CJCE 14 juillet 1994, *Webb*, C-32/93, *Rec. CJCE*, p. I-3567 ; CJCE 4 octobre 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, *Rec. CJCE*, p. I-6993 ; CJCE 27 février 2003, *Busch* C-320/01). Il est par conséquent nul en application de l'article L. 122-45 du Code du travail (art. L. 1132-1 et L. 1132-4 recod.) (v. n° 158), lequel s'applique à la période d'essai (v. n° 205).

Avec la recodification, cette protection de la femme enceinte des articles L. 1225-4, L. 1225-5 et L. 1225-6 recod., situés hors du titre relatif à la rupture du contrat à durée indéterminée, devrait être appliquée en cours d'essai. Ce changement de jurisprudence, dicté par la recodification, va cette fois encore dans le sens de la logique.

208 Il est enfin des motifs de licenciement qui ne sont pas concernés par la finalité de l'essai. La clause d'essai est une clause qui concerne l'évaluation des compétences professionnelles. Elle simplifie la rupture du contrat *pour insuffisance professionnelle*. Mais elle n'a pas pour objet de simplifier la rupture du contrat pour un autre motif.

Cette logique, difficilement contestable, a conduit la Cour de cassation à affirmer nettement que la procédure disciplinaire doit être respectée dès lors que la rupture en cours d'essai est justifiée par un motif disciplinaire (Soc. 10 mars 2004*). Cette

solution est encore confirmée par la recodification qui place la procédure disciplinaire aux articles L. 1332-1 et s.

209 La jurisprudence semble, en revanche, encore réticente à appliquer le droit du licenciement économique. Et, avec la recodification, cette réticence pourrait se muer en un rejet franc et massif, les règles du licenciement économiques étant placées dans le champ de l'exclusion visée par le nouveau texte.

On notera que, déjà, un arrêt du 2 juin 1981 avait refusé clairement l'application de la procédure de licenciement économique au salarié en période d'essai (Soc. 2 juin 1981, *D.* 1982. 206, note J. Mouly). Et un arrêt du 30 septembre 1992 peut être interprété comme allant dans le même sens, quoiqu'il soit rédigé de manière plus ambiguë (Soc. 30 septembre 1992, *Bull. civ*. V, n° 484).

Cette solution est pourtant très discutable. L'objet d'une clause d'essai est d'évaluer les compétences du salarié, alors qu'un licenciement économique est par définition « non inhérent à la personne du salarié » (art. L. 321-1 C. trav. ; L. 1233-3 recod.). L'exercice du droit de rompre l'essai est de plus considéré comme abusif, dès lors qu'il n'est pas exercé « en considération d'insuffisances professionnelles » (v. Soc. 20 avril 1989, *Bull. civ*. V n° 300, préc. et les arrêts cités *supra*). Sauf à contredire cette jurisprudence, il faut en déduire que la rupture pour motif économique n'est pas l'exercice du droit de rompre l'essai, mais l'exercice d'un autre droit : celui de licencier pour motif économique.

Enfin, il était un argument tiré du Code actuel et qui bientôt sera caduc. L'article L. 120-4 du Code du travail écartait les règles qui le suivent immédiatement au sein du Code du travail. Et la réglementation du licenciement économique était située bien loin de l'article L. 122-4, au sein du Livre III du Code du travail. Avec la recodification, l'argument s'inverse franchement, les règles du licenciement économique étant situées dans le titre exclu par l'article L. 1231-1 alinéa 2. Cette inversion sonne peut-être le glas des arguments précédents.

Un arrêt de 1956 avait affirmé que l'ordre des licenciements prévu par une convention collective devait être respecté même à l'égard d'un salarié à l'essai, du moment que celui-ci était inclus dans un licenciement collectif (Soc. 8 mars 1956, *Bull. civ*. IV, n° 228). Cette application des règles du licenciement économique en cours d'essai est la seule à être logique. Pourtant, avec les arrêts plus récents susvisés et la recodification promise, son avenir apparaît bien sombre.

section 3

Clauses de non-concurrence

210 Les clauses de non-concurrence sont des clauses par lesquelles un salarié se voit interdire certaines activités risquant de concurrencer son ancien employeur, après la rupture du contrat de travail qui le liait à celui-ci. Ces clauses sont généralement intégrées au sein des contrats individuels de travail, même si la jurisprudence admet, de manière limitée mais néanmoins fort discutable, qu'une clause contenue dans une convention collective peut, sous certaines conditions, être imposée aux salariés malgré le silence du contrat individuel (pour une critique de cette solution, v. n° 77).

Black plaque (203,1)

La validité de ces clauses, qu'elles soient contractuelles ou conventionnelles, est aujourd'hui fermement encadrée. La suspicion de principe qui les frappe résulte de leur objet. Restreindre le champ des activités possibles d'un ancien salarié et ses possibilités de retrouver du travail, c'est aussi porter atteinte à plusieurs libertés fondamentales. Le principal objet des clauses de non-concurrence est d'interdire au salarié d'être réembauché par certaines entreprises ou sur certains emplois. Ceci porte directement atteinte à la liberté du travail, visée par l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. Est aussi en cause la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle a été maintes fois affirmée (v. not. Cons. const. 16 janvier 1982, n° 81-132, pt. 16). Et c'est un des intérêts de l'arrêt *Barbier* du 10 juillet 2002* de l'avoir expressément incluse dans le débat. L'arrêt vise en effet le « libre exercice d'une activité professionnelle », expression qui inclut plus clairement que le seul visa de la liberté du travail, la liberté pour le salarié de s'installer à son compte. Il faut encore mentionner la liberté de la concurrence. Celle-ci peut apparaître comme dérivée de la précédente, même si elle n'a, pour l'heure, été reconnue qu'en qualité de liberté publique (CE 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie*, *Lebon*, p. 308). Elle permet de rappeler que la concurrence est autorisée par le droit positif et qu'elle est juridiquement protégée comme liberté fondamentale.

Cet effet attentatoire aux libertés des clauses de non-concurrence apparaît aujourd'hui évident. Il a cependant été longtemps ignoré par la jurisprudence. Certes, dès l'arrêt *Bedaux* du 8 mai 1967 (*Bull. civ*. IV, n° 373 ; *Grands arrêts*, n° 43), la Cour de cassation a affirmé que *certaines* clauses de non-concurrence pouvaient porter atteinte à la liberté du travail. Cette atteinte n'était cependant reconnue qu'exceptionnellement, en cas de privation de toute liberté du travail. Seules les clauses qui par leur durée et la généralité de leurs champs d'application géographique et professionnel, revenait à interdire « de façon absolue » à un salarié l'exercice d'une activité « conforme à sa formation et à ses connaissances » étaient alors invalidées comme attentatoires à la liberté du travail. La règle était clairement posée : « une clause de non-concurrence est en principe licite ». De fait, à la suite de l'arrêt *Bedaux*, les clauses de non-concurrence furent très largement admises en jurisprudence, malgré les vives protestations doctrinales qu'elles pouvaient susciter.

Il faudra attendre le début des années 1990 et l'arrêt *Godissart* (Soc. 14 mai 1992, *Bull. civ*. V, n° 309 ; *Grands arrêts*, n° 44) pour qu'un mouvement de recul s'esquisse, parallèlement à la montée en puissance de la problématique des droits de l'homme en droit du travail. Cette évolution a été complétée et synthétisée par l'arrêt *Barbier* du 10 juillet 2002, lequel a posé les actuelles conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans un attendu de principe, repris par deux arrêts du même jour (*Salambier* c. *SA La Mondiale*, *Bull. civ*. V, n° 239, 1re espèce n° 2723 et *Molines* c. *Sté MSAS cargo international*, *Bull. civ*. V, n° 239, 3e esp., n° 2725) : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » (pour une reprise mot à mot de cet attendu, voir encore, notamment, Soc. 29 janvier 2003, *Bull. civ*. V, n° 27 ; Soc. 29 avril 2003, *Bull. civ*. V, n° 143).

Comparativement à l'arrêt *Bedaux*, la distance franchie est considérable. La question de la validité des clauses de non-concurrence est clairement inscrite au

Black plaque (204,1)

sein de la problématique des droits et libertés fondamentaux du salarié par le visa de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail et par celui « du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle », visa dont la portée est renforcée par le fait que la Cour a pris le soin de relever d'office le moyen qui en est tiré. Il en résulte logiquement que, d'un principe de licéité, on est passé à un principe d'illicéité : « une clause de non-concurrence n'est licite que si... », (en ce sens, v. déjà Soc. 19 novembre 1996, *Bull. civ*. V, n° 392). Et les conditions de cette licéité, clairement posée comme « cumulatives » sont strictement définies : par son objet, la clause doit être « limitée dans le temps et dans l'espace » et tenir « compte des spécificités de l'emploi du salarié » (§ 1) ; elle doit être « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise » (§ 2) ; elle doit enfin comporter « l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière » (§ 3).

§ 1 Le temps, l'espace et la nature de l'activité

212 L'exigence d'une limitation dans le temps et l'espace, comme la prise en compte de l'emploi du salarié trouvent leur origine au sein de la jurisprudence antérieure. L'arrêt *Bedaux* avait déjà remarqué en 1967 qu'une clause de non-concurrence pouvait être annulée « dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail, en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé ». Mais l'analyse du champ d'application temporel, géographique et professionnel de la clause de non-concurrence était alors strictement orientée vers l'étude d'une éventuelle atteinte à la liberté du travail, laquelle était alors perçue de manière fort restrictive. Et la jurisprudence se contentait pour l'essentiel de vérifier si le salarié conservait une possibilité, même limitée, d'exercer sa profession. Elle validait ainsi des clauses illimitées dans le temps (Com. 7 novembre 1977, *Bull. civ.* IV, n° 250) ou dans l'espace (Soc. 29 mai 1991, *RJS* 1991, n° 836) ou encore des clauses dont la limite professionnelle largement indéfinie « ne portait pas atteinte à la liberté du travail » du fait du « caractère polyvalent » de l'activité du salarié (Com. 7 novembre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 302). Les limites géographique, temporelle et professionnelle d'une clause de non-concurrence apparaissaient ainsi comme alternatives.

C'est l'une des innovations marquantes de l'arrêt *Barbier* que de revenir sur cette analyse. Désormais une clause de non-concurrence n'est licite « que si elle est limitée dans le temps et dans l'espace, (et) qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, (...) ces conditions étant cumulatives ». L'existence de limites dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité sont désormais trois conditions cumulatives nécessaires à la validité d'une clause de non-concurrence.

213 Ce caractère cumulatif conduit notamment à accroître l'impact de la condition relative à l'activité. La clause de non-concurrence ne saurait en aucun cas empêcher le salarié « d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle » (Soc. 18 septembre 2002, *D.* 2002. 3229, note Y. Serra, et déjà, dans le même sens, Soc. 18 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998. 194, obs. J. Savatier et Soc. 3 janvier 1998, *ibid.*, 279, obs. J. Savatier). Et cette interdiction est absolue. L'arrêt précité du 18 septembre 2002, le précise clairement, lorsqu'il affirme qu'un tel empêchement est exclu, même lorsqu'il apparaît « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ». L'intérêt de l'employeur, alors même qu'il est reconnu « légitime », doit ici céder face à

Black plaque (205,1)

l'intérêt du salarié. Il existe ainsi un droit du salarié sur la qualification qu'il a acquise au cours de sa formation et de sa vie professionnelle, y compris celle qu'il a acquise auprès de son ancien employeur. Ce droit, auquel le salarié ne peut renoncer, est en quelque sorte le « noyau dur » irréductible de la liberté du travail. C'est une limite au-delà de laquelle aucune clause de non-concurrence ne saurait aller et ce quelles que soient les justifications qui pourraient être apportées au soutien de la clause.

214 Lorsque la clause est jugée « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise » tout en étant attentatoire à ce noyau dur de la liberté du travail, elle n'est pas nécessairement nulle. La Cour de cassation reconnaît alors une faculté de réfaction judiciaire de la clause. Amputée de la part qui portait atteinte au droit du salarié sur sa qualification, la clause peut être sauvée. C'est le sens de l'arrêt précité du 18 septembre 2002. En l'espèce le salarié d'une société d'assurance s'était vu interdire de placer des assurances dans le département où il exerçait précédemment cette activité et ce pendant deux ans. Cette clause est jugée par la Cour « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur » ; elle n'en est pas moins attentatoire au droit du salarié sur sa qualification, en ce qu'elle ne lui permet pas d'exercer une « activité conforme à sa formation et son expérience professionnelle ». La Cour en déduit que la Cour d'appel avait pu décider de réduire le champ d'application de cette clause, en la limitant à une prohibition pour l'ancien salarié de démarcher les clients qu'il avait apportés à son ancien employeur. La clause ainsi réduite, les intérêts de l'employeur ne sont pas nécessairement sauvegardés. Mais le salarié peut exercer un métier conforme à sa qualification et le « noyau dur » de la liberté du travail est sauvegardé. Ce sauvetage par réfaction d'une clause de non-concurrence, quoique critiqué en doctrine, est aussi reconnu lorsque les champs d'application géographique ou temporel sont excessifs (v. Soc. 25 mars 1998, deux arrêts, l'un portant sur une réduction de la durée et l'autre sur une réduction du champ d'application territorial, *Dr. soc.* 1998. 544, obs. R. Vatinet).

§ 2 Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise

215 Une clause de non-concurrence est une atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle, même lorsqu'elle est convenablement limitée à la fois dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité du salarié. Cette atteinte, aussi minime soit-elle, ne peut être admise qu'à la condition d'obéir à une finalité légitime et d'être strictement proportionnée aux exigences de cette finalité. Cette condition a été posée pour la première fois par l'arrêt *Godissart* du 14 mai 1992 (Soc. 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 309 ; *JCP* 1992. II. 21889, note J. Amiel-Donat ; *D.* 1992. 350, note Y. Serra ; D. Corrignan Carsin ; *Dr. soc.* 1992. 967), aux termes duquel une clause de non-concurrence ne peut être valide que si elle est « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ». Elle a été depuis reprise, dans les mêmes termes, par de nombreux arrêts et notamment par l'arrêt *Barbier*. Cette jurisprudence *Godissart* a réalisé une importante avancée comparativement à la jurisprudence antérieure. Encore en 1998 la Cour de cassation affirmait que l'utilité d'une clause de non-concurrence ne conditionnait en rien sa validité (Soc. 13 oct. 1988, *D.* 1989. 122, note Y. Serra).

Black plaque (206,1)

216 Une telle position était cependant peu conciliable avec l'essor de la problématique des droits de l'homme. La jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme avaient déjà affirmé, depuis longtemps, qu'une restriction à un droit fondamental ou à une liberté n'est admissible qu'à la double condition d'être justifiée par un but légitime et d'être strictement proportionnée à ce but. L'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992 a expressément repris et généralisé en droit du travail ce raisonnement. La motivation issue de la jurisprudence retenue par la Cour de cassation en matière de clauses de non-concurrence en est l'application, ce qu'atteste au demeurant le visa exprès de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail. La « protection des intérêts légitimes de l'entreprise » précise le but légitime que doit poursuivre une clause de non-concurrence. Le caractère « indispensable » exprime l'exigence de nécessité de la restriction faite à la liberté du salarié et de proportionnalité entre l'étendue de cette restriction et le but recherché (sur cette exigence de proportionnalité, v. aussi Com. 4 janvier 1994, *D.* 1995. 205, note Y. Serra, arrêt qui casse la décision d'une cour d'appel au motif que celle-ci n'avait pas recherché si la clause litigieuse « n'était pas disproportionnée »). On notera de plus que, lorsqu'une clause de non-concurrence est assortie d'une faculté de rachat par le salarié, cette faculté acceptée par l'employeur, démontre à elle seule que la clause n'est pas, pour ce dernier, nécessaire ou « indispensable », ce qui suffit à condamner la clause (Soc. 7 avril 1998, *Dr. soc.* 1998. 546).

217 Ce contrôle de nécessité et de proportionnalité, qui donne de grands pouvoirs d'appréciation aux juges, n'est plus spécifique à la question des clauses de non-concurrence. Par extension de la jurisprudence les concernant et par application de l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail, il s'applique à toute clause qui restreint les droits et libertés fondamentaux du salarié. On peut choisir, en ce sens, de citer un exemple proche de la question des clauses de non-concurrence, celui des clauses d'exclusivité. À leur sujet, quatre arrêts du 11 juillet 2000 (*Bull. civ*. V, n° 276, n° 277 et deux arrêts non publiés, pourvois n°s 98-41486 et 98-43945) reprennent le même attendu de principe pour annuler de telles clauses : « Attendu que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ».

218 L'exigence d'un intérêt de l'entreprise qui soit « légitime » conduit à une difficulté particulière en matière de clauses de non-concurrence. Dans une économie de marché, la concurrence est une liberté fondamentale. Sa restriction, même « utile » à l'entreprise, n'est pas *a priori* « légitime ». Elle est même éminemment suspecte. Au-delà d'un certain seuil, la restriction de la concurrence est même passible de sanctions pénales (art. L. 420-6 C. Com.), au travers de la prohibition des ententes (art. 81 traité CE et L. 420-1 C. com.), des abus de position dominante (art. 82 traité CE et. L. 420-2 al. 1er C. com.) ou des abus de dépendance économique (L. 420-2 al. 2 C. com.). On peut notamment citer l'article L. 420-1 du Code de commerce lequel prohibe expressément, sous peine de sanctions pénales, les « conventions » qui « tendent à (...) limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ».

Black plaque (207,1)

Ainsi, le moins que l'on puisse dire est que, même si elle peut présenter un intérêt pour l'ancien employeur du salarié, la limitation du libre exercice de la concurrence n'est pas un intérêt *a priori* légitime. Ce n'est que par exception qu'il peut le devenir, dans la mesure où il ne s'agit plus que de protéger l'entreprise contre *certaines* formes de concurrence jugées excessives. Cette protection vient s'ajouter à celle que procure l'article 1382 du Code civil contre la concurrence déloyale. L'intérêt des clauses de non-concurrence se situe donc dans la prohibition de comportements qui, sans être des actes de concurrence déloyale, vont au-delà du jeu normal de la concurrence.

Il y a là une question de mesure casuistique difficile. Peuvent être considérées comme légitimes les protections des secrets professionnels, des fichiers de clientèle ou même de certains savoir-faire spécifiques à l'entreprise. La jurisprudence accepte d'aller plus loin encore. Elle valide ainsi l'interdiction de retirer un avantage concurrentiel, pour lui-même ou pour son nouvel employeur, du rapport privilégié qu'il a pu nouer avec la clientèle de son ancien employeur (v. pour la reconnaissance de la validité d'une clause de non-concurrence applicable à un garçon de café, Soc. 1er mars 1995, *RJS* 1995, n° 377 ; ou à un coiffeur, Soc. 2 décembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 414). Il demeure que la légitimité de l'intérêt invoqué devient vite problématique et qu'elle ne doit pas être acceptée lorsqu'il s'agit de prohiber un comportement concurrentiel banal.

§ 3 La contrepartie financière

219

La dernière condition posée à la validité d'une clause de non-concurrence tient à l'existence d'une « contrepartie financière ». Cette dernière exigence a été posée par l'arrêt *Barbier* et les deux autres arrêts rendus dans les mêmes termes le 10 juillet 2002 (*préc.*). Elle doit être comprise comme l'exigence d'une contrepartie suffisante et non dérisoire. Réclamée depuis fort longtemps par un fort courant doctrinal, cette exigence d'une contrepartie avait été posée pour la première fois par un arrêt du 24 janvier 1866 (*D.* 1866. 1. 81), avant d'être abandonnée par la Cour de cassation tout au long du XXe siècle. Il aura fallu attendre le début du XXIe siècle pour que la Cour revienne sur cette position, suivant ainsi l'opinion de la plus grande partie de la doctrine.

L'exigence de contrepartie apparaît pleinement justifiée. La position qui voyait dans la relation de travail antérieure et dans le salaire perçu la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est effectivement difficilement acceptable. Elle s'accordait mal aux espèces dans lesquelles la clause est amenée à s'appliquer alors même que le contrat a été rompu au cours de l'essai (Soc. 17 juillet 1997, *Dr. soc.* 97. 972, obs. C. Roy-Loustaunau), ce qui rend la supposée contrepartie dérisoire. De plus, la faculté reconnue aux parties de créer par avenant au contrat de travail une clause de non-concurrence, sans modifier simultanément le salaire, laisse bien entendre que ce dernier n'est que la contrepartie du travail et non celle d'une absence future de concurrence. Enfin, pour une partie de la doctrine, il est possible de considérer que la clause de non-concurrence est divisible du reste du contrat. Cette doctrine s'appuie sur le fait que la clause demeure obligatoire alors que le contrat est résilié.

Elle semble aujourd'hui entérinée par la Cour de cassation, qui précise que la contrepartie financière est bien *exclusivement* causée par l'obligation de non-concurrence. Elle n'est ni une récompense pour bons et loyaux services, ni une récompense pour l'ancienneté passée. Ainsi la contrepartie due pour l'obligation de non-

concurrence ne peut être réservée aux seuls cas de rupture à l'initiative de l'employeur (Soc. 9 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 198 ; *RDT* 2006. 171, obs. G. Auzero ; Soc. 31 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 198) ; ni à l'absence de faute grave (Soc. 28 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 231). Et son montant ne peut dépendre de l'ancienneté du salarié (Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45511, *Bull. civ.* V, n° 44 ; *RDT* 2007. 308, note G. Auzero). Dans de tels cas, le salarié peut demander la nullité de la clause (Soc. 9 mai 2006 ; Soc. 31 mai 2006 ; Soc. 7 mars 2007, *préc.*). Mais il peut aussi demander le versement de la contrepartie que la clause lui refusait (Soc. 28 juin 2006, *préc.*).

■ 220 La Cour précise que la contrepartie désormais exigée doit être « financière », ce qui vise le versement d'une somme d'argent. Le statut juridique de cette contrepartie est au demeurant connu depuis longtemps, la Cour de cassation ayant été amenée à régler le sort des contreparties financières fréquemment prévues au sein des conventions collectives, du temps même où elles n'étaient pas obligatoires. La contrepartie a « la nature d'une indemnité compensatrice de salaire » (v. not. Soc. 26 septembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 283), ce qui implique sa soumission aux principaux éléments du régime juridique du salaire : cotisations sociales (Soc. 13 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998. 278, obs. J. Savatier), statut fiscal, application de la prescription quinquennale des salaires (Soc. 26 septembre 2002, *préc.*), et application, limitée, des garanties de L'AGS (Soc. 6 mai 1997, deux arrêts, *Dr. soc.* 1997. 751, obs. R. Vatinet). On notera, en outre, que le rapport de causalité qui unit l'obligation de non-concurrence et sa contrepartie financière permet logiquement le jeu de l'exception d'inexécution : l'indemnité de non-concurrence cesse d'être due à compter de la violation par le salarié de ses obligations (Soc. 25 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 65) et réciproquement, le salarié est libéré de ses obligations si l'employeur cesse de verser la contrepartie (Soc. 3 octobre 1991). Enfin l'indemnité ne peut être versée avant la rupture du contrat, un tel versement étant présumé sans lien avec l'exécution de l'obligation de non-concurrence (v. Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45511, *Bull. civ.* V, n° 44 ; *RDT* 2007. 308, note G. Auzero).

Ce lien de causalité est aussi important lors de l'évaluation du montant nécessaire à la validité de l'indemnité. Cette contrepartie doit ne pas être dérisoire (pour un rejet du pourvoi formé contre une décision d'appel ayant qualifiée de dérisoire une indemnité d'un dixième de mois de salaire par mois de non-concurrence : Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46721, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Pélissier). Et, parce qu'elle est destiné à compenser le préjudice que créé l'obligation de non-concurrence, elle ne saurait dépendre que de l'intensité de ce préjudice, et non de la durée de l'ancienneté (Soc. 7 mars 2007, *préc.*).

Enfin, les sanctions de ces règles sont efficaces. L'absence de contrepartie financière est un trouble manifestement illicite que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser, en déclarant la clause de non-concurrence inopposable au salarié (Soc. 25 mai 2005, *Bull. civ.* V, n° 180). La responsabilité de l'employeur est engagée du fait de l'illicéité de la clause, l'existence d'une telle clause provoquant nécessairement un préjudice au salarié (Soc. 18 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 98 ; Soc. 11 janvier 2006, *Bull. civ.* V, n° 8 ; *Dr. soc.* 2007. 465-466, obs. J. Mouly ; *RTD civ.* 2006. 311, obs. J. Mestre et B. Fages ; Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-42706 ; Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46721, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Pélissier, v. aussi n°s 104-105).

En revanche, si le salarié souhaite bénéficier de la contrepartie financière d'une clause illicite, cette possibilité lui est offerte. La nullité de la clause est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le salarié (v. not. Soc. 17 juillet 1997, *Dr.*

Black plaque (209,1)

soc. 1997. 972, obs. C. Roy-Loustaunau). Et la renonciation unilatérale de l'employeur à l'application de la clause n'est plus valide, dès lors que la présence d'une contre-partie fait de cette clause un élément contractuel d'intérêt commun entre l'employeur et le salarié (Soc. 17 février 1993, *D.* 1993. 347, note Y. Serra ; Soc. 4 juin 1998, *RJS* 1998, n° 856).

Tout ceci est relativement sévère. Les clauses de non-concurrence qui furent longtemps des clauses de style, sont devenues des clauses à haut risque pour l'employeur. Elles devraient désormais devenir exceptionnelles. Au demeurant, cette rigueur apparaît logique s'agissant de clauses qui — faut-il le rappeler ? — portent atteinte à la liberté du travail et à la liberté de la concurrence.

Black plaque (210,1)

Biblio

- D. Jacotot et C. Bourrier, « L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée déterminée », *D*. 1995. Chron. 343.
- D. Noguéro, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Dr. soc*. 2002. 589.
- J.-Y. Frouin, « Période d'essai, période probatoire et changement d'emploi », *RJS* 2005. 423.
- Y. Serra, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », note sous Soc. 14 mai 1992, *Godissart, D.* 1992. 350.
- Y. Serra, note sous Soc. 10 juillet 2002, *Barbier**, *D.* 2002. 2491.
- J. Pélissier, note sous Soc. 10 juillet 2002, *Barbier**, *D.* 2002. Somm. 3111.
- R. Vatinet, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Dr. soc*. 2002. 949.
- O. Leclerc, « Sur la validité des clauses de confidentialité », *Dr. soc*. 2005. 173.

Documents

Formes du contrat de travail

Directive du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (91/533/CEE)

« ... Article 2 : Obligation d'information

1. L'employeur est tenu de porter à la connaissance du travailleur salarié auquel la présente directive s'applique, ci-après dénommé "travailleur", les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail.

2. L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants :

a) l'identité des parties ;

b) le lieu de travail ; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur ;

c) i) le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé

ou

ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail ;

d) la date de début du contrat ou de la relation de travail ;

e) s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail ;

f) la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ;

Black plaque (211,1)

g) la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis ;

h) le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit ;

i) la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur ;

j) le cas échéant :

i) la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur

ou

ii) s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues.

3. L'information sur les éléments visés au paragraphe 2 points f), g), h) et i) peut, le cas échéant, résulter d'une référence aux dispositions législatives, réglementaires, administratives ou statutaires ou aux conventions collectives régissant les matières y visées.

Article 3 : Moyens d'information

1. L'information sur les éléments visés à l'article 2 paragraphe 2 peut résulter de la remise au travailleur, deux mois au plus tard après le début de son travail :

a) d'un contrat de travail écrit

et/ou

b) d'une lettre d'engagement

et/ou

c) d'un ou de plusieurs autres documents écrits, dès lors que l'un de ces documents comporte au moins l'ensemble des éléments visés à l'article 2 paragraphe 2 points a), b), c), d), h) et i).

... »

Clauses d'essai

Soc. 7 janvier 1988, *Bull. civ.* V, n° 13

« ... la notification de la rupture avait été provoquée par la réception d'une lettre du 30 octobre 1981 par laquelle M. Legros sollicitait des éclaircissements sur la portée des relations contractuelles, la cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que la décision de rompre le lien contractuel ainsi prise par le GIE-DAG, sans que soit intervenue entre-temps une cause de nature à la justifier, constituait un abus du droit de l'employeur de mettre fin à la période d'essai... »

Soc. 20 avril 1989, *Bull. civ.* V, n° 300

« (...) Mlle Sanchez a été engagée par l'Académie des hôtesses à compter du 1er octobre 1984, avec une période d'essai de trois mois ; que, le 27 décembre 1984, l'employeur a mis fin au contrat ; (...)

Black plaque (212,1)

Mais attendu qu'ayant constaté que, par lettre du 21 décembre 1984, l'employeur avait proposé à la salariée de prolonger la période d'essai, et, ayant retenu que la notification de la rupture, qui n'avait pas été prise en considération d'insuffisances professionnelles, avait été provoquée par une lettre du 26 décembre 1984, par laquelle Mlle Sanchez avait donné son accord en faisant observer que cette façon de procéder créait un sentiment d'insécurité, le conseil de prud'hommes, qui a relevé une légèreté blâmable de l'employeur, a pu en déduire un abus du droit de mettre fin à l'essai... »

Soc. 27 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 592

« Attendu que la fédération fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à des dommages et intérêts envers Mme Durbesson pour rupture abusive de la période d'essai...

Mais attendu que (...) si, en principe, chaque partie au contrat de travail est libre de le rompre pendant la période d'essai, sans donner de motif, il n'en résulte pas que cette rupture ne puisse être fautive ; qu'ayant relevé que l'employeur avait laissé Mme Durbesson commencer la période d'essai, bien qu'il connût alors le motif pour lequel il a ensuite mis fin à l'essai, à savoir que l'intéressée était interdite de chèques, la cour d'appel en a exactement déduit que la société avait commis une faute dont elle devait réparation ».

Soc. 10 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 80 ; *Dr. soc.* 2004. 733, note M Dubertet ; *JCP* G 2004. II. 10088, note D. Corrigan-Carsin

« Si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire ».

Clauses de non-concurrence

Soc. 10 juillet 2002, *Barbier, Grands arrêts*, n° 45 ; *Bull. civ.* V, n° 239, 2e espèce n° 2724 ; *D.* 2002. 2491, note Y. Serra ; *D.* 2002. Somm. 3111, obs. J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2002. 954, obs. R.Vatinet

« Sur le moyen relevé d'office, pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 (L. 1121-1 recod.) du Code du travail :

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives... ».

Black plaque (213,1)

chapitre 10

Le contrat à durée déterminée

Black plaque (214,1)

Plan analytique

section 1

Contrat à durée déterminée et perte d'emploi

§ 1 La justification d'une rupture avant terme

§ 2 La survenance du terme

section 2

Conditions légales de formation

§ 1 Champ du recours au contrat à durée déterminée

A. Liste des motifs autorisés

B. Prohibitions

C. Durée, renouvellement et contrats successifs

§ 2 La sanction de requalification

A. Bénéficiaire de la sanction

B. Qualification et requalification

C. Domaine de la requalification

section 3

La jurisprudence des contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée

10

Le contrat à durée déterminée

221 Prototype des contrats de travail précaires, le contrat à durée déterminée a été l'objet d'une attention constante du législateur depuis un quart de siècle. Se sont notamment succédées la loi 3 janvier 1979, les ordonnances du 5 février 1982 et du 11 août 1986, et les lois du 12 juillet 1990, du 17 juillet 2001, du 21 décembre 2001, du 17 janvier 2002, et du 3 janvier 2003.

Les règles qui sont issues de ces textes servent de droit commun aux contrats de travail temporaires (autrement dits « contrats de mission ») et à l'ensemble de ces contrats à durée déterminée spéciaux, issus des politiques de l'emploi. Ces multiples petits contrats, destinés tantôt aux jeunes, tantôt aux vieux, tantôt aux handicapés, tantôt aux chômeurs de plus ou moins longue durée, tantôt au RMIstes, sont tous censés permettre de lutter contre le chômage. Le législateur, toujours soucieux de montrer combien il est actif dans ce domaine n'a de cesse d'en créer de nouveau et de modifier les anciens. À chaque instant, il existe ainsi sur le « supermarché du travail » toutes sortes de promotions spéciales, souvent en termes de réduction des charges sociales ou d'exceptions faites aux protections du droit du travail. Il est de la nature de ces promotions d'être éphémères, changeantes. Étaient notamment disponibles en 2007, outre quelques contrats à durée indéterminée spéciaux comme le contrat nouvelles embauches (sur lequel v. n° 176) ou les contrats de chantier (art. L. 321-12 C. trav. ; L. 1236-8 recod.), de très nombreux contrats de travail à durée déterminée spéciaux, parmi lesquels des contrats initiative-emploi, d'avenir, de mission, d'accompagnement dans l'emploi, d'accès à l'emploi, d'appui, d'engagement éducatif, d'adaptation, de professionnalisation, de volontariat de solidarité internationale, de volontariat associatif, d'insertion dans la vie sociale (CIVIS), d'insertion-revenu minimum d'activité, d'orientation, de vendanges, etc. Certains de ces contrats permettent d'obtenir des salariés pour des sommes dérisoires (il n'est pas rare d'y trouver du salarié à temps complet pour un coût très inférieur au SMIC). L'employeur qui cherche à embaucher a fortement intérêt à promener son caddie à la recherche des dernières « affaires » proposées par le législateur, véritables têtes de gondoles du supermarché de l'emploi.

222 L'effet de ces mesures multiples est douteux. Le consommateur-employeur est souvent un peu noyé devant toutes ces propositions, et, surtout, lorsque le travail manque, un employeur refuserait même un travailleur gratuit (« on ne fait pas boire un âne qui n'a pas soif », comme dit le proverbe). Sauf bien sûr à remplacer un salarié en place, rémunéré normalement, par un salarié en promotion... Cet effet de substitution, fréquent, explique que le succès de tel ou tel contrat spécial n'a souvent guère d'effet sur la réduction du chômage. Au demeurant ce peu d'effet rend la validité de certains de ces contrats douteuses, lorsqu'ils sont réservés à un public défini par un critère prohibé comme discriminatoire, comme l'âge par exemple. Ces contrats pourraient bien n'être alors que des discriminations prohibées, en attente de

Black plaque (216,1)

condamnation par le droit européen (v. le premier pas dans cette direction que constitue l'arrêt *Mangold* : CJCE 22 novembre 2005, C-144/04. Sur cet arrêt v. n° 169).

Les différents contrats de travail au rabais conservent une importance pratique considérable. Les derniers chiffres disponibles faisaient état de plus de quatre cent mille personnes ayant « bénéficié » à un titre ou à un autre d'un petit contrat spécial aidé pour l'année 2005. Personnes auxquelles il faut ajouter les un million sept cent mille autres embauchées en contrat à durée déterminée, les plus de cinq cent mille intérimaires, les apprentis, etc. pour obtenir un total, sur l'année 2005 de plus cinq millions de salariés en statut précaire, soit environ 20 % de la population active occupée (INSEE, *Enquêtes emploi*). Ces « petits » contrats, qui placent toute une partie de la population dans un statut dérogatoire, précaire et parfois stigmatisant, est aujourd'hui en question au travers du débat sur le contrat de travail unique (v. n° 176).

■ 223 Cette multitude des statuts particuliers a fait apparaître le droit des contrats à durée déterminée comme un droit commun au large champ d'application, qui s'applique dans le silence des règles particulières à tel ou tel petit contrat spécial à durée déterminée. Et ce, même si c'est bien toujours le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein qui reste, en droit du travail, le contrat de principe.

Le contrat à durée déterminée est un contrat précaire par son terme, mais stable jusqu'à la survenance de ce terme (section 1). Depuis 1979, sa formation est strictement réglementée par la loi (section 2). La jurisprudence antérieure à cette date, toujours présente, permet de compléter un peu cette réglementation (section 3).

section 1

Contrat à durée déterminée et perte d'emploi

■ 224 À la survenance du terme, le contrat à durée déterminé cesse immédiatement et totalement ses effets. C'est ce qui fait du contrat à durée déterminée un contrat précaire. Cette survenance du terme, en l'absence de renouvellement, est cependant significative pour le salarié d'une perte d'emploi. Ce qui peut expliquer l'application de certaines protections (§ 2).

En revanche, avant la survenance du terme, le contrat à durée déterminée est extrêmement solide, surtout comparativement aux contrats à durée indéterminée (§ 1).

§ 1 La justification d'une rupture avant terme

■ 225 Le contrat à durée déterminée peut prévoir une période d'essai, laquelle est limitée, en fonction de la durée du contrat, par l'article L. 122-3-2 du Code du travail (L. 1242-10 recod.) : un jour par semaine pour les contrats d'une durée inférieure à six mois, un mois au-delà. Pendant cette période le contrat à durée déterminée n'est pas plus solide qu'un contrat à durée indéterminée en cours d'essai (sur les clauses d'essai,

Black plaque (217,1)

v. n° 198 à 209). En revanche, une fois la durée de l'essai achevée et jusqu'à l'arrivée du terme le contrat à durée déterminée est doté d'une grande stabilité.

Au nom de la prohibition des engagements perpétuels, les contrats à durée indéterminée peuvent être rompus unilatéralement par l'une des parties. En matière de contrat de travail, ces ruptures unilatérales ont pour noms le licenciement et la démission. De telles ruptures ne sont autorisées que pour les contrats à durée indéterminée, parce que ces contrats sont à durée indéterminée. Liés par un contrat à durée déterminée, l'employeur n'a aucun droit de licencier, ni le salarié de démissionner.

Une rupture avant terme du contrat de travail à durée déterminée ne peut donc, en principe, avoir lieu que du commun accord des parties. L'article L. 122-3-8 du Code du travail (L. 1243-1 recod.) prévoit deux exceptions à ce principe : la force majeure et la faute grave. Cette dualité n'est cependant qu'apparente.

226 Depuis la loi du 17 janvier 2002, il est devenu plus qu'improbable qu'une des parties se laisse aller à invoquer un cas de force majeure : selon l'article L. 122-3-4-1 nouveau du Code du travail (L. 1243-4 recod.), si une partie rompt le contrat en invoquant un cas de force majeure, la rupture aura les mêmes conséquences indemnitaires qu'une rupture fautive de sa part. Rompre pour un cas de force majeure ou rompre sans raison ont désormais les mêmes effets. La force majeure n'est donc plus, en pratique, une cause justificative de la rupture du contrat à durée déterminée. Le législateur complète ainsi une longue évolution de la jurisprudence, qui interprétait la notion de « force majeure » d'une manière de plus en plus restrictive. Au point que l'on pouvait se demander si cette cause de rupture du contrat à durée déterminée conservait une quelconque actualité (sur la quasi-disparition en jurisprudence de la rupture pour force majeure en droit du licenciement, v. n° 426).

Pour éviter les sanctions d'une rupture illégale du contrat à durée déterminée, seul demeure donc la faute grave. La solution est valable quelle que soit la partie qui souhaite rompre : le salarié pour rompre le contrat doit prouver la faute grave de l'employeur et l'employeur, pour rompre, doit prouver la faute grave du salarié.

227 La faute grave du salarié est l'objet d'une jurisprudence abondante, notamment parce que c'est aussi la faute grave du salarié qui peut, en matière de contrat à durée indéterminée, justifier un licenciement sans préavis ni indemnité. La faute grave est une faute d'une intensité telle qu'elle doit rendre nécessaire la rupture *immédiate* du contrat de travail. Cette gravité s'apprécie, *in concreto*, c'est à dire en vue de l'espèce concrète (pour plus de détail sur la notion de « faute grave », v. n°s 469 et 470). La faute grave de l'employeur, justificatrice de la rupture du contrat par le salarié a donné lieu à moins de contentieux. Une violation mineure et exceptionnelle du contrat par l'employeur ne doit pas suffire. En revanche, une violation répétée ou touchant à un élément central du rapport de travail, comme le non-paiement d'un élément de salaire (Soc. 18 juillet 2001, *RJS* 2001, n° 1264) ou la non-fourniture de travail (Soc. 14 janvier 2004, *RJS* 2004, n° 291) est en principe qualifiée de suffisamment « grave » pour justifier la rupture du salarié.

228 En dehors de la rupture pour faute grave de l'employeur, le salarié s'est vu reconnaître le droit supplémentaire de rompre un contrat de travail à durée déterminée en cours, s'il a trouvé un autre emploi à durée indéterminée (art. L. 122-3-8 al. 2 C. trav. ; L. 1243-2 recod.). Le législateur accorde ainsi au salarié le droit de

quitter son emploi précaire, afin d'intégrer un emploi *a priori* plus stable. Dans ce cas, en vertu de l'article L. 122-3-8 précité (L. 1243-2 recod.), le salarié devra accorder à l'employeur une période de préavis, calculée selon la durée prévue au contrat et qui ne peut en aucun cas dépasser les deux semaines.

■ 229 Toute rupture du contrat de travail à durée déterminé qui ne peut se prévaloir ni d'une faute grave, ni, pour le salarié, de la découverte d'un nouvel emploi à durée déterminé, entraîne les sanctions prévues par l'article L. 122-3-8 du Code du travail (L. 1243-4 et L. 1243-5 ; L. 1243-3 et L. 1243-4 recod.).

En cas de rupture anticipée illicite par le salarié, celui-ci doit à l'employeur des dommages-intérêt selon le préjudice subi. L'employeur devra donc prouver la perte que le départ du salarié lui occasionne. Ce qui ne sera pas toujours facile.

En cas de rupture anticipée illicite de la part de l'employeur, celui-ci devra payer au salarié des indemnités qui couvrent au minimum l'ensemble des salaires que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé jusqu'au terme de son contrat et aux indemnités de fin de contrat dues à la survenance du terme.

§ 2 La survenance du terme

■ 230 À la survenance du terme, s'il n'est pas renouvelé, le contrat prend fin sans que le salarié ne bénéficie de protection particulière. Il a simplement droit à une indemnité qui compense les congés payés qu'il n'a pas eu le temps de prendre, laquelle représente au minimum 10 % de la rémunération perçue (L. 122-3-3 C. trav. ; L. 1242-16 recod.). Il a droit en outre à une indemnité de précarité, qui se monte au dixième de la rémunération perçue pendant toute la durée du contrat, y compris ses éventuels renouvellements antérieurs (L. 122-3-4 C. trav. ; L. 1243-8 recod.).

■ 231 Cette indemnité de précarité est un véritable avantage financier accordé aux salariés les plus faibles. Il y avait là une aberration pour le législateur moderne : les plus faibles doivent être les plus mal lotis. Aussi les lois récentes ont multiplié les cas dans lesquels, par exception, cette indemnité n'est pas due (v. art. L. 122-3-4 al. 4 à 8 ; L. 1243-10 recod.).

Assez logiquement, elle n'est pas due en cas de rupture anticipée par le salarié, en cas de rupture pour force majeure ou en cas de rupture pour faute grave du salarié. De même, on comprend facilement qu'elle ne soit pas due non plus lorsque le contrat de travail à durée déterminée est poursuivi sous la forme d'un contrat de travail à durée indéterminée ou en cas de refus, de la part du salarié de poursuivre la relation de travail aux mêmes conditions que précédemment.

Mais l'indemnité de précarité n'est pas due non plus si le contrat à durée déterminée a été conclu « avec des jeunes pour une période comprise dans leurs vacances scolaires ou universitaires », pour les emplois saisonniers, pour les emplois conclus dans des secteurs où il est d'« usage constant » de conclure des contrats à durée déterminées (sur ces secteurs, v. n°s 237 et 238), ou lorsqu'il s'agit d'un contrat spécial créé dans le cadre des politiques de l'emploi. Cette liste en dit long sur l'esprit du droit actuel : dans tous ces cas, il semble que le législateur considère qu'il est normal d'être précaire et qu'il n'y a rien à indemniser. Ces situations recouvrent pourtant des cas dans lesquels la précarité n'est ni moins intense, ni moins durement ressentie qu'ailleurs.

Black plaque (219,1)

Il se pourrait plus simplement que la multiplication des exceptions ne soit qu'une manière, pour le législateur d'essayer de réduire ou de supprimer le surcoût que représente, pour l'employeur, les primes de précarité. Ainsi, des lois de 2003 et 2004 ont permis aux syndicats de salariés et aux employeurs de disposer d'un commun accord d'une partie des primes des salariés précaires : il leur suffit, pour réduire ces primes à 6 % de la rémunération de prévoir, par accord collectif, une « contrepartie », assez indéfinie, en matière de formation professionnelle (art. L. 122-3-4, al. 2 C. trav. ; L. 1243-9 recod.).

232 Comme chacun sait, la pratique des contrats à durée déterminée est répandue bien au-delà des emplois réellement précaires. Les contrats à durée déterminée servent ainsi, souvent, de longue période d'essai aux salariés nouvellement embauchés. Une telle situation, est bien entendu parfaitement illégale (v. n° 236). Elle n'en est pas moins fréquente. Notamment pour cette raison, dans certaines entreprises, il est assez commun de renouveler les contrats à durée déterminée ou de les transformer en contrat à durée indéterminée.

Le non-renouvellement devient alors la déception d'un espoir d'emploi à plus long terme. Il peut être vécu, en pratique, comme un licenciement. Encore une fois, l'abstraction juridique (le contrat cesse de lui-même) est parfois assez éloignée de la situation concrète, vécue (le salarié qui perd son emploi pour non-renouvellement ressemble souvent à s'y méprendre au salarié qui perd son emploi à la suite d'un licenciement).

233 Ceci explique que certaines des règles créées pour protéger les salariés du licenciement sont transposées et appliquées aux non-renouvellements du contrat à durée déterminée. Il en va ainsi de la prohibition des discriminations : le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée discriminatoire est nul (art. L. 122-45 C. trav. ; L 1132-1 et L. 1132-4 recod.), ce qui permet la réintégration du salarié dans l'entreprise. De même, la procédure spéciale qui protège du licenciement certains salariés exposés (délégué du personnel, d'un membre du comité d'entreprise...) est applicable en cas de non-renouvellement du contrat à durée déterminée de ces salariés (ce non-renouvellement devra alors, à peine de nullité, faire l'objet d'une demande d'autorisation préalable de l'inspecteur du travail).

section 2

Conditions légales de formation

234 En principe, « le contrat de travail est conclu sans détermination de durée » (art. L. 121-5 C. trav. ; l'art. L. 1221-2 recod. dispose : « est conclu pour une durée indéterminée », ce qui revient au même). La stipulation d'un terme dans un contrat de travail n'est donc valide que de manière exceptionnelle, sous condition du respect des règles légales suivantes.

Le terme du contrat doit être précis, c'est-à-dire être fixé à une date donnée (art. L. 122-1-2, I, C. trav. ; L. 1242-7 recod.). Par exception, en cas de contrat conclu pour remplacer un salarié absent, de contrat saisonnier, ou de contrat d'usage constant (sur ces cas de recours, v. n° 235), le terme peut être imprécis : la cessation du contrat

Black plaque (220,1)

est alors fixée à un événement futur certain, comme le retour de l'absent ou l'achèvement de la tâche, mais dont la date est encore inconnue. Une durée minimale d'embauche doit alors être prévue (art. L. 122-1-2, III, C. trav. ; L. 1242-7 recod.).

Le contrat doit être écrit et comprendre un certain nombre de mentions obligatoires (art. L. 122-3-1, C. trav. ; L. 1242-12 recod.).

Les principales restrictions touchent cependant aux domaines dans lesquels un terme peut être valablement conclu (§ 1). Les conditions mises à la validité de la stipulation d'un terme dans un contrat de travail sont, logiquement, sanctionnées par la nullité de ce terme, ce qui équivaut à la requalification du contrat de travail en contrat de travail à durée indéterminée (§ 2).

§ 1 Champ du recours au contrat à durée déterminée

■ 235 Le législateur a dressé une liste limitative de motifs qui peuvent justifier le recours au contrat à durée déterminée (A). Il a de plus posé un certain nombre de prohibitions générales (B). Il a enfin limité la durée, le renouvellement et la succession des contrats à durée déterminée (C).

A. Liste des motifs autorisés

■ 236 Ce n'est qu'au sein d'un certain nombre de cas limitativement énumérés par la loi qu'un terme peut être stipulé de manière valide au sein d'un contrat de travail. La liste actuelle des cas de recours au contrat à durée déterminée résulte pour l'essentiel de la loi du 12 juillet 1990, laquelle a été retouchée depuis sur quelques points de détails notamment par les lois du 17 juillet 2001, du 21 décembre 2001, du 3 janvier 2003.

Ces cas sont les suivants (art. L. 122-1-1 et L. 122-2 C. trav. ; L. 1242-2 et L. 1242-3 recod.) :

– l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (art. L. 122-1-1, 1° ; L. 1242-2, 1°, recod.) : il s'agit du cas le plus général, de celui dont on use lorsqu'il n'est pas possible de se référer aux autres cas. Ce cas ouvre assez largement les possibles recours au contrat à durée déterminée, puisqu'il inclut aussi bien les accroissements d'activité réguliers, habituels, que ceux qui sont exceptionnels (v. Soc. 21 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 27) ;

– le remplacement d'un salarié absent (art. L. 122-1-1, 1° ; L. 1242-2, 1°, recod.), ou plus généralement d'un travailleur absent (art. L. 122-1-1, 4° et 5° ; L. 1242-2, 4° et 5°, recod.). La catégorie est claire et ne pose guère de problèmes ;

– le travail saisonnier (art. L. 122-1-1, 3° ; L. 1242-2, 3° recod.). Il s'agit d'un travail qui doit être rattaché aux « saisons », ce qui revient à exiger sa réapparition sur un rythme annuel et une interruption dans l'année qui soit suffisamment longue, pour ne pas pouvoir être confondue avec de simples congés annuels. Un travail saisonnier de plus de sept ou huit mois commence, de ce fait, à être suspect de permanence ;

– les différents contrats liés à la politique de l'emploi et qui ont pour objectif soit de favoriser l'embauche de personnes privées d'emploi soit de favoriser leur formation (L. 122-2 C. trav. ; L. 1242-3 recod.) ;

– les « emplois (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et

Black plaque (221,1)

du caractère par nature temporaire de ces emplois », à la condition que ces emplois soient exercés « dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu » (art. L. 122-1-1, 3° *in fine* C. trav. ; L. 1242-2, 3° recod.).

Le motif du recours au contrat à durée déterminé doit être mentionné au sein du contrat. Cependant, la Cour de cassation se contente, pour la définition du motif du contrat à durée déterminé, d'une expression très générale et floue. Ainsi, par exemple, elle considère comme suffisamment précise la mention d'un « accroissement temporaire d'activité », sans aucune précision supplémentaire (v. Soc. 30 septembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 271). Cette solution contraste avec les exigences de la jurisprudence sur le motif exprimé dans la lettre de licenciement, lequel doit comporter des faits précis et matériellement vérifiables (v. n° 454). Dans un contexte de prolifération des contrats précaires, elle est le signe d'un relatif laxisme de la Cour de cassation dans le contrôle des contrats à durée déterminée et semble peu compatible avec l'importance accordée, en droit du licenciement, à la stabilité de l'emploi.

La dernière catégorie de cas de recours au contrat à durée déterminée, est la plus complexe. C'est aussi celle qui permet aujourd'hui les abus les plus criants, depuis que la jurisprudence l'a interprétée d'une manière fort large.

L'article D. 121-2 du Code du travail donne une liste des secteurs concernés, liste qui peut être complétée par convention collective étendue. On trouve dans la liste du décret une vingtaine de secteurs dont notamment l'hôtellerie, la restauration, l'enseignement, le spectacle, l'action culturelle et l'information.

Il n'est pas suffisant que l'employeur ait une activité incluse dans un de ces secteurs. Il faut encore qu'il s'agisse d'un de ces « emplois (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ». L'arrêt du 28 juin 2005 permet de mieux l'expliciter. Selon cet arrêt, il ne suffit pas que le salarié soit embauché dans une entreprise de spectacle comme l'Association Opéra de Lyon pour que son contrat puisse être à durée déterminée, il faut encore que l'employeur démontre que l'emploi du salarié, « l'emploi de violoncelle super soliste » est bien un type d'emploi pour lequel il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée.

Ainsi que le montre cet arrêt, il s'agit d'une recherche qui doit être menée type d'emploi par type d'emploi et ce après qu'un découpage assez minutieux des types d'emplois ait été opéré (la Cour prend bien soin de distinguer l'étude de l'emploi de « violoncelle super soliste » susvisé de question de celle de l'emploi de « chef de chœur », lequel est l'objet d'un autre arrêt du même jour impliquant le même employeur ; Soc. 28 juin 2005, pourvoi n° 03-43522).

L'appréciation de l'usage constant est alors laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc. 26 novembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 298, pourvoi n° 01-44263). Ainsi, dans l'arrêt susvisé, la Cour d'appel avait considéré que l'emploi de formateur en cause n'était pas de ceux pour lesquels il était d'usage constant de recourir à un contrat à durée déterminé et qu'en conséquence, bien que l'employeur ait travaillé dans le domaine de l'enseignement, le terme du contrat du salarié devait être invalidé.

Il demeure que la preuve de cet usage constant de recourir au contrat à durée déterminée dans tel ou tel secteur incombe à l'employeur (Soc. 20 septembre 2006,

Bull. civ. V, n° 269 ; *Dr. soc.* 2007. 488, obs. C. Roy-Loustaunau). Or, cette preuve est difficile puisqu'elle suppose le recueil de données sur un emploi particulier dans tout un secteur d'activité.

■ 238 Entrer dans le champ des contrats d'usage constant peut apparaître ainsi, désormais, relativement difficile. Cependant les deux conditions cumulatives sus décrites semblent suffisantes : pour la Cour de cassation il faut, mais il suffit, que le contrat ait été conclu dans un secteur dûment répertorié et qu'il s'agisse d'un type d'emploi pour lequel il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée (Soc. 26 novembre 2003*, *Bull. civ*. V, n° 298, quatre arrêts ; Soc. 28 juin 2005*). Une série de petits contrats successifs d'un mois chacun pendant quatre ans est alors envisageable (en ce sens, v. Soc. 4 février 2004, *RJS* 2004, n° 657 ; v. en sens inverse la résistance des cours d'appel : not. Paris 18 février 2004 ; Versailles 15 juin 2004, *Dr. ouvrier* 2005. 21 et s., note M.-F. Bied-Charreton).

■ 239 Cette solution, qui laisse la précarité devenir un état permanent, est discutable. Aux termes de l'article L. 122-1-1, 3° (L. 1242-2, 3°, recod.), pour que l'emploi puisse être considéré comme étant un de ces « emplois (...) pour lesquels (...) il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée », encore faut-il que cet usage constant s'explique « en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ». Il ne suffit pas que tel ou tel type d'emploi soit presque toujours rempli par contrat à durée déterminée. Il faut encore que cette pratique soit justifiée par la « nature temporaire de ces emplois ». Dès lors qu'un salarié est embauché pendant de longues années dans un emploi permanent, il semble pour le moins difficile de dire qu'il s'agit d'un type d'emploi par nature temporaire. La lettre de l'article L. 122-1-1, 3° du Code du travail (L. 1242-2, 3°, recod.) semble ainsi condamner l'emploi de salariés permanents par contrats à durée déterminée successifs. La jurisprudence s'est, elle, arrêtée au milieu du texte. La mention d'une nature temporaire des emplois semble ne plus avoir pour elle d'importance depuis les arrêts du 26 novembre 2003* précités. Ce qui semble d'autant plus étonnant que l'article L. 122-1 alinéa 1er du Code du travail affirme expressément qu'aucun contrat à durée déterminée ne peut avoir pour effet « de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » et ce « quel que soit son motif ». Ce qui semble bien valoir aussi pour les contrats à durée déterminée qui ont pour motif un « usage constant » (v. ci-dessous).

Cette résistance de la Cour de cassation aux textes du Code du travail semble toutefois menacée par l'essor du droit européen en la matière. Par interprétation de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 (annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999), la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'une succession de petits contrats à durée déterminée suppose, pour être valide, la démonstration de ce que cette succession « répond effectivement à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet » (CJCE 4 juillet 2006, *Adeneler*, C-212/04, *Dr. soc.* 2007. 97, obs. C. Vigneau ; *RDT* 2006. 141, obs. F. Guiomard, pt. 74). La possibilité pour la jurisprudence française susvisée de passer ce contrôle apparaît pour le moins compromise.

Black plaque (223,1)

B. Prohibitions

240 Aucun contrat à durée déterminée ne peut être conclu pour remplacer un salarié gréviste (art. L. 122-3 1° ; L. 1242-6, 1° recod.). Il s'agit d'une mesure destinée à protéger le droit de grève, en interdisant d'employer en masse des remplaçants.

Le contrat à durée déterminée ne peut être utilisé pour effectuer les travaux particulièrement dangereux, dont une liste est dressée par arrêté ministériel (art. L. 122-3 2° ; L. 1242-6, 2°, recod.). Il s'agit là simplement de lutter contre une pratique : il était fréquent de voir affecter aux tâches les plus dangereuses les salariés précaires. Ce qui présentait le double « avantage » d'épargner le personnel permanent et de faire en sorte que les blessures et les maladies professionnelles soient subies par des personnes n'appartenant déjà plus à l'entreprise. Préserver le personnel permanent en risquant le personnel jetable est un bon calcul économique, d'où la nécessité d'une prohibition ferme de ce genre de pratique.

Il est encore, en principe, interdit d'embaucher par contrat à déterminée sur des postes qui viennent de faire l'objet d'un licenciement économique, dans les six mois précédents (art. L. 122-2-1 ; L. 1242-5 recod.). L'idée est simple : on ne remplace pas le personnel permanent par du personnel précaire. Il s'agit de protéger les droits des salariés en matière de licenciement. Ce texte prévoit cependant quelques exceptions à la règle qu'il pose.

241 La plus importante des prohibitions est cependant celle prévue à l'article L. 122-1 du Code du travail* (L. 1242-1 recod.), parce qu'elle est tout à fait générale.

À son alinéa premier (alinéa unique de l'art. L. 1242-1 recod.), cet article interdit tout contrat à durée déterminée qui aurait pour objet ou pour effet « de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Ce texte n'interdit pas d'user du contrat à durée déterminée pour pourvoir *temporairement* un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, comme c'est le cas lors du remplacement d'un salarié absent. Il n'interdit pas non plus l'usage du contrat à durée déterminée pour pourvoir *durablement* un emploi lié à l'activité qui *n'est pas normale ou permanente* de l'entreprise.

Cette seconde ouverture pose problème. On comprend bien ce que peut être une activité de l'entreprise qui n'est pas « normale » : il s'agit d'une tâche exceptionnelle, par exemple de travaux de rénovation, de l'introduction de nouvelles technologies. On comprend bien ce que peut être une tâche « non permanente » : ceci vise, notamment tous les surcroîts temporaires d'activité. Mais on comprend moins comment il possible de pourvoir *durablement* de tels emplois par nature temporaire. Il faudrait pour ce faire, faire passer un salarié d'une tâche exceptionnelle à une autre, d'un surcroît d'activité à un autre et ce de manière permanente. Mais alors cet emploi durable démontre qu'il y à là une activité, polyvalente peut-être, hachée sans doute, mais liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise (en ce sens, v. Soc. 4 décembre 1996, *Bull. civ*. V, n° 414 ; Soc. 26 janvier 2005* ; Soc. 11 octobre 2006*, arrêts qui invalident le terme de contrats conclus par des salariés ayant remplacé successivement divers absents, pendant plusieurs années).

Dès lors, la signification de l'article L. 122-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 1242-1 recod.) s'éclaire. Ce texte interdit tout simplement de pourvoir durablement un emploi par des contrats à durée déterminée.

242 L'alinéa 2 de ce texte (art. L. 1242-2 recod.) précise l'idée d'une manière positive, en affirmant qu'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu « que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire ». Ce deuxième alinéa réserve cependant une exception de taille : pour les contrats visés par l'article L. 122-2 du Code du travail (L. 1242-3 recod.), à savoir les contrats spéciaux liés aux politiques de l'emploi, cette exigence de « tâche précise et temporaire » ne s'applique plus.

Littéralement, l'exception ne vise pas l'alinéa 1er de l'article L. 122-1 (L. 1242-1 recod.), lequel devrait donc interdire de pourvoir durablement des emplois par des petits contrats successifs liés aux politiques de l'emploi. Au demeurant, ce texte précise expressément que la prohibition qu'il édicte vaut « quel que soit (le) motif » du contrat à durée déterminée.

243 Malgré ces termes qui semblaient clairs, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 18 novembre 2003*, que certains contrats à durée déterminée conclus dans le cadre des politiques de l'emploi pouvaient permettre de pourvoir « durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (Soc. 18 novembre 2003, au sujet d'un contrat initiative emploi conclu pour pourvoir un emploi de caissière de supermarché). Il aurait été compréhensible, au vu du texte de l'article L. 122-1 du Code du travail (L. 1242-1 recod.), qu'un emploi lié à l'activité normale et permanente soit pourvu *temporairement* (c'était la solution à laquelle la Cour de cassation semblait encore se référer lors de l'arrêt du 16 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 133). L'arrêt du 18 novembre 2003 va plus loin. Par sa motivation, il semble admettre que, sur un poste normal et permanent comme celui de caissière de supermarché, il devient possible d'enchaîner les petits contrats précaires et aidés des politiques de l'emploi. L'utilisation des contrats spéciaux des politiques de l'emploi pour détruire les emplois permanents et stables et les transformer en emplois précaires est ainsi encouragée par la jurisprudence, en violation d'un texte clair.

244 Dans la foulée de cet arrêt du 18 novembre 2003, la jurisprudence a cru pouvoir découvrir un nouveau domaine où le découpage en menus contrats précaires des emplois permanents lui semblait possible : à savoir les contrats dits « d'usage constant » de l'article L. 122-1-1, 3° (L. 1242-2, 3° recod.) du Code du travail (Soc. 26 novembre 2003 ; Soc. 4 février 2004, *RJS* 2004, n° 657 ; Soc. 28 juin 2005*). Cette solution a été affirmée avec force. Cette fois, la Cour de cassation ne se contente pas de violer la lettre de l'article L. 122-1 alinéa 1er (L. 1242-1 recod.), mais elle viole en outre la lettre de l'article L. 122-1-1, 3° (L. 1242-2, 3° recod.) lui-même (v. n° 238 et 239).

Ces réapparitions de l'emploi haché menu restent cependant menacées par l'essor du droit européen en la matière, comme l'était la multiplication des petits contrats dits d'« usage constant » (v. CJCE 4 juillet 2006, *Adeneler*, cité et analysé ci-dessus n° 239 *in fine*). Elle est de plus limitée à certains domaines précis. En dehors de ces domaines, plusieurs règles tentent de rendre effective la prohibition d'un tel découpage. Il s'agit notamment des règles relatives à la durée, au renouvellement et à la succession de contrats à durée déterminée.

Black plaque (225,1)

C. Durée, renouvellement et contrats successifs

245 Un contrat à durée déterminée ne peut être renouvelé qu'une seule fois (art. L. 122-1-2 C. trav. ; L. 1243-13 recod.).

Et, sauf exceptions, un même poste de travail ne peut être occupé par deux contrats à durée déterminée successifs, sans qu'ait été respecté un délai de carence entre ces contrats (art. L. 122-3-11* C. trav. ; L. 1244-3 recod.). Ce délai est égal à la moitié de la durée du premier contrat, renouvellement inclus, si celle-ci est inférieure à quatorze jours. Sinon, il est égal au tiers de la durée du premier contrat.

Cette règle du délai de carence entre deux contrats successifs ne s'applique pas cependant, en cas de remplacement d'un salarié absent, ni en matière de contrats à durée déterminée saisonniers, ni pour les contrats d'« usage constant » (v. art. L. 122-3-11 al. 2 ; L. 1244-4 recod.). Ces domaines exclus de la règle de carence sont donc les domaines dans lesquels le découpage d'un emploi permanent en petits contrats à durée déterminée successifs est le plus dangereux. Un tel découpage est en principe prohibé par l'article L. 122-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 1242-1 recod.). Mais la jurisprudence récente a déjà créé, de toutes pièces, deux exceptions à cet article (v. n° 243).

En principe, un contrat à durée déterminée ne peut pas durer plus de 18 mois renouvellement inclus (art. L. 122-1-2, II C. trav. ; L. 1242-8 recod.). Ce texte prévoit cependant quelques cas dans lesquels cette durée maximale est réduite à 9 mois, ou allongée à 24 mois. Il faut cependant noter que cette règle ne s'applique pas aux contrats des politiques de l'emploi (art. L. 122-2 *in fine* C. trav. et L. 1242-8 *in fine* recod.), ce qui laisse ouverte la porte à de longs contrats à durée déterminée.

La jurisprudence a, de plus, construit une autre exception : les contrats conclus pour remplacer un salarié absent et les contrats d'usage constant ne sont pas soumis aux limites maximales lorsque leur terme est imprécis et qu'ils ne comportent donc qu'une durée minimale (Soc. 26 octobre 1999, *RJS* 1999, n° 1444, 2e esp. ; *Bull. civ.* V, n° 399). Cette exception jurisprudentielle a même été étendue à l'ensemble des contrats à durée déterminé pour remplacement d'un salarié absent, dotés d'un terme précis (Soc. 8 février 2006, *Bull. civ.* V, n°63). Cette solution peut se comprendre, pour des raisons pratiques, s'agissant des contrats qui prennent comme terme imprécis le retour de l'absent. En revanche elle semble peu opportune pour les contrats d'« usage constant ».

Elle est en toutes hypothèses très éloignée de la lettre de l'article L. 122-1-2 (le III de ce texte ne fait pas clairement exception au II). Avec la recodification, la distance du texte par rapport à la jurisprudence semble même s'accroître : l'article L. 1242-7, qui remplace ce III, précède l'article L. 1242-8, qui remplace le II, l'exception précèderait ainsi la règle. Ce qui semble exclure davantage encore cette interprétation restrictive de la limitation de la durée des contrats à durée déterminée.

§ 2 La sanction de requalification

246 La violation des règles qui conditionnent la validité du terme conduit logiquement à l'invalidation de ce terme et donc à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée (v. art. L. 122-3-13 C. trav. ; L. 1245-1 recod.). Afin de lutter contre l'ineffectivité persistante des limitations légales à l'usage du contrat à durée déterminé, le législateur a même prévu que cette requalification pouvait être demandée et

Black plaque (226,1)

obtenue de manière accélérée : l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes qui doit statuer dans le mois qui suit sa saisine (art. L. 122-3-13 al. 2 ; L. 122-45-2 recod.). De plus cet article prévoit, en cas requalification, une indemnité d'un mois de salaire au minimum en faveur du salarié, sans préjudice des autres sommes que cette requalification peut lui permettre d'obtenir (les éventuelles indemnités de licenciement injustifié notamment).

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le bénéficiaire (A) et le domaine (B) de cette requalification. Elle a aussi su distinguer la question de la qualification et celle de la requalification à titre de sanction (C).

A. Bénéficiaire de la sanction

247 Depuis son arrêt *Huguenot* c. *Goguet* (Soc. 16 juillet 1987, *Bull. civ.* V, n° 481 ; *Grands arrêts*, n° 35) la Cour de cassation affirme que les dispositions du droit du contrat de travail à durée déterminée sont « édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation » (dans le même sens, v. par ex. Soc. 13 février 1991, *Dr. soc.* 1991. 418, obs. J. Savatier). L'employeur ne peut donc invoquer la méconnaissance de ces dispositions pour obtenir la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée. Cette solution a été implicitement consacrée par le législateur : l'article L. 122-3-13 alinéa 2 du Code du travail (L. 1245-2 al. 2 recod.), issu de la loi du 12 juillet 1990, ne mentionne que le seul salarié comme demandeur à l'action en requalification. Ce qui conduit logiquement à interdire au juge de requalifier d'office un contrat de travail à durée déterminée (Soc. 30 octobre 2002, *Dr. soc.* 2003. 473, obs. C. Roy-Loustaunau).

248 Ce monopole accordé au salarié permet de retrouver les principaux effets de la jurisprudence dite des « contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée » (v. n° 251). Le salarié embauché par contrat à durée déterminée en violation de la loi bénéficie du droit du licenciement s'il demande la requalification. Mais, si cela s'avère plus avantageux, il peut aussi bénéficier d'une garantie d'emploi pour la durée stipulée, garantie qui découle du droit des contrats à durée déterminée. Il lui suffit, pour cela, de s'abstenir de réclamer la requalification. Au cumul des protections accordées par la jurisprudence des contrats « à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée » (v. n° 251) succède ainsi un droit du salarié d'opter pour la protection qu'il juge la plus favorable.

B. Qualification et requalification

249 La « requalification » qui ne peut être invoquée que par le salarié et qui sanctionne l'irrespect des règles applicables au contrat à durée déterminée doit être nettement distinguée de la simple « qualification » du contrat qui peut, elle, être débattue à l'initiative de l'employeur comme du salarié. La *qualification* consiste à interpréter la volonté des parties pour savoir si le contrat a, ou non, été conclu pour une durée déterminée. Elle est première : c'est seulement si le contrat est *ab initio* qualifié de « à durée déterminée », que les règles légales applicables à ce type de contrat s'appliquent. Comme son nom l'indique, la *requalification* est seconde. Elle sanctionne la violation des règles légales applicables aux contrats qualifiés de contrat « à durée déterminée ».

Black plaque (227,1)

La qualification, opération première, est relativement simple : il suffit de regarder si le contrat comporte la prévision d'un terme, précis ou non. C'est au demeurant ce qu'affirme clairement l'article L. 121-5 du Code du travail (L. 1221-2 recod.) qui définit le contrat à durée déterminée comme celui qui comporte « un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu ». Dès lors, il suffit qu'un terme soit prévu, pour que l'ensemble des règles relatives au contrat à durée déterminée s'applique.

Ainsi, par exemple, il se peut qu'un contrat prévoie simultanément un terme et une faculté de résiliation unilatérale au profit des parties. La solution est alors claire. On constate d'abord l'existence d'un terme. Le contrat est donc qualifié de « à durée déterminée ». Le droit des contrats à durée déterminée s'applique et en particulier l'article L. 122-3-8 du Code du travail (L. 1243-1 recod.). Ce texte limite à la faute grave et à la force majeure les causes de rupture du contrat de travail à durée déterminée. En application de cet article, la clause accordant un droit de rupture anticipée à l'employeur est nulle (v. not. Soc. 16 décembre 1998, *Dr. soc.* 1999. 285 ; Soc. 24 octobre 2000, *RJS* 2003, n° 18). En revanche, la clause de résiliation unilatérale créée au bénéfice du salarié peut être admise. Une telle clause est plus favorable au salarié que l'article L. 122-3-8 du Code du travail (L. 1243-1 recod.) précité et ce texte est d'ordre public social (en ce sens, Soc. 23 mars 1999, *D.* 1999. 470, obs. F. Lagarde ; *Bull. civ.* V, n° 136).

Une autre question est celle du contrat à durée déterminé se poursuivant à l'échéance du terme. La poursuite des relations contractuelles, sans formes particulières, est clairement qualifiée de « contrat à durée indéterminée ». Mais il semble qu'il s'agisse d'une simple *qualification* de la relation de travail *nouvelle* : le contrat à durée déterminé antérieur conserve sa qualification, il n'est pas requalifié. Ainsi pourrait-on comprendre que l'indemnité de requalification prévue à l'article L. 122-3-13 (L. 1245-2 recod.) ne soit pas accordée par la jurisprudence (Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 118 ; *RDT* 2006. 21, obs. critiques J. Pélissier).

Cette solution a sa logique. Mais elle est peu compatible avec les textes : l'article L. 122-3-13 du Code du travail, qui accorde l'indemnité de requalification, inclut expressément dans son champ d'application l'article L. 122-3-10 alinéa 1er, lequel vise l'hypothèse d'une relation de travail poursuivie au-delà de l'échéance du terme. Et, dans le cadre de la recodification, l'article L. 1245-2 accorde de manière tout à fait générale l'indemnité à l'ensemble des requalifications accordées aux salariés. Et il suit juste l'article L. 1245-1, lequel vise ces cas de requalification qui doivent être acceptés, y compris l'hypothèse d'une poursuite du contrat de travail au-delà de son terme.

C. Domaine de la requalification

250

La requalification à titre de sanction ne peut être combattue par l'employeur par la preuve d'un accord du salarié sur la durée déterminée du contrat (v. not. Soc. 21 mai 1996, *Bull. civ.* V, n° 190 ; *Grands arrêts*, n° 37 ; Soc. 6 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 160 ; Soc. 16 janvier 2002, *RJS* 2002, n° 401). On dit parfois que la requalification est une présomption irréfragable de contrat à durée indéterminée. Il est plus exact de dire que ses conditions de validité n'ayant pas été respectées, le terme est inopposable au salarié. Et un contrat dépourvu de terme est, par définition, un contrat à durée indéterminée.

Black plaque (228,1)

Tant que la recodification n'est pas en vigueur, une difficulté demeure. Et il n'est pas certain que cette difficulté soit entièrement résolue par la recodification.

L'article L. 122-3-13 alinéa 1er actuel du Code du travail dresse une liste des textes sanctionnés par cette requalification, qui peut être lue comme une liste des conditions de validité d'un terme contractuel en matière de contrat de travail. Cette liste recouvre l'essentiel des règles de formation des contrats à durée déterminée et notamment l'article L. 122-3-1 alinéa 1er actuel du Code du travail, lequel exige un écrit et une définition précise du motif. Mais elle n'est pas exhaustive. Ainsi, le deuxième alinéa de cet article L. 122-3-1, qui précise les mentions obligatoires que doit comporter un contrat à durée déterminée n'est pas expressément mentionné. Le Code actuel ne répond donc pas clairement sur la sanction applicable en cas d'omission d'une ou de plusieurs de ces mentions obligatoires.

À cette question, la Cour de cassation a répondu de manière nuancée. L'absence de certaines mentions est sanctionnée par la requalification automatique. Tel est le cas de la mention du nom et de la qualification du salarié remplacé par un contrat à durée déterminée (Soc. 6 mai 1997 et 16 janvier 2002, *préc.*). En revanche, la mention de la convention collective applicable peut être omise sans entraîner de requalification (Soc. 26 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 399).

Ce tri entre les mentions substantielles et celles qui ne le sont pas n'est pas toujours aisé. Il apparaît cependant que certaines mentions sont de moindre importance, en ce qu'elles n'ont d'utilité qu'informative, comme la mention du nom et de l'adresse de la caisse de retraite complémentaire. En revanche, la désignation précise du poste de travail, voire la précision du montant de la rémunération et de ses accessoires devraient être considérées comme des formalités substantielles, en ce qu'elles permettent de contrôler le motif du contrat de travail à durée déterminée pour la première et de contrôler le respect de l'égalité de traitement prévue à l'article L. 122-3-3 (L. 142-15 recod.) pour la seconde.

Cette difficulté pourrait être résolue par la recodification. L'article L. 1245-1 de la recodification (qui remplace l'art. L. 122-3-13 al. 1er C. trav.) vise parmi les hypothèses de requalification *toutes* les entorses faites à l'article L. 1242-12 (lequel succède, dans la recodification, à l'art. L. 122-3-1er C. trav.). Ce renvoi à l'article entier et non à son seul premier alinéa, intègre dans le champ de la sanction l'ensemble des mentions obligatoires du contrat à durée déterminée, y compris les mentions qui pouvaient apparaître non substantielles. Si la jurisprudence suit le texte nouveau, la requalification sera donc encourue plus largement qu'auparavant.

Pareille évolution peut apparaître cependant assez peu compatible avec la mission assignée par le législateur au recodificateur, lequel était tenu de respecter, pour l'essentiel, le droit constant. La soumission de la jurisprudence à cette évolution du texte reste, par conséquent, douteuse.

Black plaque (229,1)

section 3

La jurisprudence des contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée

251 Avant que la loi ne vienne les régir, à partir de 1979, le renouvellement ou la succession de contrats à durée indéterminée avait fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel. Le raisonnement de la Cour était fort simple. Lorsqu'un contrat de travail à durée déterminée est renouvelé de nombreuses fois, une incertitude apparaît sur la date de cessation effective de la relation de travail. La relation s'installe, de fait, dans une durée indéterminée. En un sens, l'imprévisibilité du terme réel conduit à une réinterprétation du terme stipulé. Celui-ci perd sa signification première. Il n'est plus une échéance à laquelle le contrat est rompu. Il devient une échéance à laquelle une faculté de résiliation unilatérale est ouverte (en ce sens, v. not. Soc. 26 novembre 1970, *Bull. civ.* V, n° 667 ; Soc. 19 février 1975, *Bull. civ.* V, n° 76).

Le contrat de travail se voit alors reconnaître une double nature : il est à la fois contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée. Pendant la durée qui a été précisée au contrat les parties sont tenues de respecter les obligations inhérentes aux contrats à durée déterminée et ne peuvent pas, en principe, rompre unilatéralement le contrat. Mais, à l'expiration du terme convenu, si une des parties ne veut pas renouveler le contrat, tout se passe comme s'il y avait rupture d'un contrat à durée indéterminée. Le non-renouvellement du contrat est assimilé à une démission ou à un licenciement, selon l'auteur du refus de renouvellement.

Cette jurisprudence du « contrat à durée déterminée dans un ensemble à durée indéterminée » a acquis, au cours du temps, un champ d'application de plus en plus large. La question était, conformément à la logique suivie, de déterminer les situations dans lesquelles la perspective d'un renouvellement faisait perdre toute crédibilité au terme. Au départ, seule l'application répétée d'une clause de renouvellement expresse fut considérée comme ayant cet effet. Peu à peu, cette solution fut élargie aux contrats renouvelés dans les faits à plusieurs reprises, même en l'absence de clause de renouvellement (Soc. 23 octobre 1963, *JCP* 1963. II. 13436 ; Soc. 3 mars 1965, *Bull. civ.* IV, n° 176 ; Soc. 19 février 1975, *préc.*). Elle fut finalement étendue à un unique contrat à durée déterminée, non renouvelé, mais qui prévoyait une clause de renouvellement tacite (Soc. 21 décembre 1977, *Jur. Soc. UIMM* n° 6, F 23).

252 Depuis la loi du 3 janvier 1979, il existe une réglementation du renouvellement et la succession de contrats à durée déterminée. Cette réglementation a fait perdre une bonne part de son champ d'application à cette jurisprudence traditionnelle. Et la loi de 1979 avait même pour objectif de s'y substituer.

Mais un tel objectif était difficile à atteindre du fait des lacunes de la loi et, surtout, du fait du rôle du juge. Il appartient en effet aux juges d'interpréter la signification des stipulations contractuelles et en particulier de rechercher le sens que prend la soi-disant stipulation d'un « terme » en cas de renouvellements répétés ou en présence d'une clause de renouvellement tacite.

Black plaque (230,1)

Aussi, après une mise en sommeil temporaire, la jurisprudence de l'ensemble à durée indéterminée est revenue sur le devant de la scène, avec l'arrêt *Institut marin de Rockroum* (Soc. 22 janvier 1991*). En l'espèce, une salariée avait été embauchée par deux contrats de travail à durée déterminée successifs pendant la saison d'été, saison en dehors de laquelle l'établissement était fermé. La conclusion de contrats saisonniers successifs à durée déterminée n'est pas limitée par la loi. Mais cela n'a pas empêché la Cour d'affirmer que la « relation de travail qui s'était établie entre les parties était d'une durée globale indéterminée » (dans le même sens, v. not. Soc. 6 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 228 ; Soc. 22 février 1994, *Dr. soc.* 1994. 372 ; Soc. 13 décembre 1995, *RJS* 1996, n° 101). Une relation à durée globale indéterminée est encore reconnue lorsqu'un salarié remplace successivement plusieurs salariés absents, tout en conservant la même qualification et le même salaire (Soc. 4 décembre 1996, *Bull. civ.* V, n° 414) ou lorsqu'une convention collective prévoit un droit au renouvellement des contrats saisonniers successifs (Soc. 1er février 2000, *Bull. civ.* V, n° 51 ; Soc. 29 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 329 ; Soc. 18 novembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 289). Ces reconnaissances d'ensembles à durée indéterminée ont pour effet principal de rendre les règles du licenciement applicables au refus de renouvellement. Mais, conformément à la jurisprudence traditionnelle, cette applicabilité n'exclut pas l'application d'une « garantie d'emploi » pendant la durée stipulée au sein de chacun des contrats successifs (v. Soc. 29 octobre 2002, *préc.*).

Cette jurisprudence présente l'intérêt de pallier certaines carences de la réglementation légale. Elle n'en demeure pas moins timorée quant à son champ d'application. Ainsi, en cas de contrats de travail saisonniers successifs, la Cour refuse de reconnaître une relation de travail d'une durée globale indéterminée dès lors que le salarié ne travaille pas pendant toute la durée d'ouverture de l'entreprise et qu'il ne bénéficie pas d'une clause de reconduction pour la saison suivante (v. Soc. 30 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 205 ; Soc. 12 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 313 ; Soc. 15 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 306). Cette solution est étonnante particulièrement lorsque, comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 15 octobre 2002 précité, elle conduit à exclure toute protection contre le non-renouvellement du contrat d'un salarié ayant plus de 20 ans d'ancienneté et qui pouvait dès lors légitimement croire qu'il appartenait au personnel permanent de l'entreprise. Cette réticence de la Cour de cassation à accepter pleinement la logique de sa jurisprudence traditionnelle permet aux employeurs de maintenir dans la précarité certains salariés pendant plusieurs dizaines d'années. Et ce, même lorsque ces salariés sont engagés dans une relation dont le terme réel est devenu totalement imprévisible.

Black plaque (231,1)

Biblio

- P.-Y. Verkindt, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », *Dr. soc*. 1995. 870.
- J.-P. Karaquillo, obs. sous Soc. 16 décembre 1998, *Dr. soc*. 1999. 398 (sur les clauses prévoyant une rupture anticipée du contrat).
- C. Roy Loustaunau, obs. sous Soc. 26 novembre 2003, *Dr. soc*. 2004. 629 et s. (sur les contrats d'« usage constant »).
- M. Henry et M.-F. Bied-Charreton, obs. sous Soc. 26 novembre 2003, *Dr. ouvrier* 2004. 217.

Documents

CDD et emplois durables

Soc. 11 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 299 (et, dans le même sens, Soc. 26 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n° 21)

« Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher comme il lui était demandé si l'employeur n'avait pas eu recours de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ».

Sur les contrats des politiques de l'emploi

Soc. 18 novembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 284 ; *Dr. soc*. 2004. 131, obs. C. Roy Loustaunau

« Attendu qu'en vertu des articles L. 322-4-2, L. 322-4-3 et L. 322-4-4 du Code du travail et de l'article 7 du décret n° 95-925 du 19 août 1995, les contrats initiative-emploi sont des contrats de travail de droit privé réservés aux demandeurs d'emploi de longue durée, aux bénéficiaires de minima sociaux et aux personnes qui, du fait de leur âge, de leur handicap, de leur situation sociale ou familiale, rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi, et conclus en application de conventions passées par les employeurs avec l'État ; qu'il en résulte que lorsqu'ils sont conclus pour une durée déterminée, qui ne peut excéder 24 mois aux termes de l'article L. 322-4-4, ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour pourvoir des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

Et attendu qu'ayant retenu que le contrat de travail était un contrat initiative-emploi à durée déterminée destiné à assurer à la salariée un emploi de caissière, la cour d'appel a exactement décidé qu'il pouvait avoir pour objet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

Black plaque (232,1)

Sur les contrats d'usage constant

Soc. 28 juin 2005 (pourvoi n° 03-43521) et Soc. 26 novembre 2003, quatre arrêts (*Bull. civ.* V, n° 298 ; *Dr. soc.* 2004. 632 ; *Dr. ouvrier* 2004. 217)

« Vu les articles L. 122-1, L. 122-1-1, 3, L. 122-3-10 et D. 121-2 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, d'abord, que dans les secteurs d'activité définis par décret, ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois, ensuite, que des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec le même salarié, enfin, que l'office du juge, saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit dans ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat ; que l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du Code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu… ».

Suite de Soc. 28 juin 2005, *préc.*

« Qu'en statuant ainsi, (…) alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en ce qui concerne l'emploi de violoncelle super soliste du salarié, il était ou non d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans le secteur d'activité des spectacles et de l'action culturelle dont relevait l'employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision… »

Sur les ensembles à durée indéterminée

Soc. 22 janvier 1991, *Bull. civ.* V, n° 30 ; *Grands arrêts*, n° 36

« … la cour d'appel, qui a retenu que la salariée avait été embauchée par deux contrats de travail à durée déterminée successifs pendant toute la durée d'ouverture de l'établissement, a pu décider que la relation de travail qui s'était établie entre les parties était d'une durée globale indéterminée, alors même que ces contrats avaient été qualifiés de "saisonniers" ».

Sur la requalification

Soc. 16 juillet 1987, *Huguenot*, *D.* 1988. Somm. 97, obs. J.-M. Béraud ; *Bull. civ.* V, n° 481 ; *Grands arrêts*, n° 35

« … les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation… ».

NB : l'article L. 122-1 du Code du travail est le premier article de la section du Code du travail consacrée au contrat à durée déterminée… On doit en déduire que cette section est entièrement composée de dispositions d'ordre public de protection, comme telles insusceptibles d'être invoquées par l'employeur (le successeur de l'article L. 122-1 dans la recodification, l'article L. 1242-1, est lui aussi placé en tête du titre sur les contrats à durée déterminé, si l'on excepte l'article L. 1241-1 qui porte sur le champ d'application de ce titre).

Black plaque (233,1)

chapitre 11

L'intermédiaire en main-d'œuvre

Black plaque (234,1)

Plan analytique

section 1

La prohibition du marchandage

section 2

Les prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites

§ 1 Le travail temporaire

A. L'entreprise de travail temporaire

B. Entreprise de travail temporaire et travailleur temporaire : le contrat de mission

C. Entreprise de travail temporaire et utilisateur : le contrat de mise à disposition

D. Travailleur temporaire et utilisateur

E. Sanctions pénales

§ 2 Les autres prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites

§ 3 L'action directe : le fâcheux oubli des salariés prêtés à prix coûtant

11

L'intermédiaire en main-d'œuvre

Le prêt de main-d'œuvre est une opération tripartite, qui met en présence un prêteur de main œuvre, un utilisateur de main-d'œuvre et un salarié prêté. Le prêteur de main-d'œuvre conclut un contrat de travail avec un salarié, puis il met ce salarié à la disposition de l'utilisateur. L'utilisateur exercera le pouvoir de direction sur ce salarié et il bénéficiera de son travail. 253

Cette opération est loin d'être anodine. Elle est en principe prohibée sous le nom de marchandage (section 1). Elle n'est tolérée que sous conditions. Lorsqu'elle remplit ces conditions, elle prend la forme, le plus souvent, du travail temporaire autrement dit travail intérimaire (section 2).

section 1

La prohibition du marchandage

Dans un prêt de main-d'œuvre, l'utilisateur du travail n'est pas contractuellement lié au salarié. Il exerce le pouvoir de direction, bénéficie d'un travail subordonné, mais échappe à la qualification d'employeur et à la plupart des charges qui lui sont associées. Le prêteur de main-d'œuvre ne vend certes pas des travailleurs, ce qui serait de l'esclavage, mais il vend tout de même du travail humain. Et ce n'est pas tout à fait par hasard, que la prohibition du prêt de main-d'œuvre est apparue en même temps que la prohibition de l'esclavage en 1848 (Décr. 2 mars 1848 et Arr. 21 mars 1848). 254

Le prêt de main-d'œuvre devient alors, sous certaines conditions, une infraction pénale et il prend le nom de « marchandage ». La répression ne commence pourtant à devenir effective qu'à la fin du XIXe siècle et encore, c'est pour bien peu de temps. Les premières condamnations commençaient à peine à tomber, quand la Cour de cassation a rendu un arrêt resté fameux, l'arrêt *Loup* c. *Bœuf*, du 31 janvier 1901 (*DP* 1901. 169 ; *Grands arrêts*, n° 39). Cet arrêt interprète le marchandage de manière si restrictive que la prohibition perd alors l'essentiel de sa portée. La jurisprudence *Loup* c. *Bœuf* ayant perduré, la prohibition du marchandage a été vidée de l'essentiel de sa substance pendant presque trois quarts de siècle. Pour revenir à une certaine répression juridique, il a fallu attendre que le législateur intervienne, tardivement, par la loi du 2 janvier 1973, dont le texte, aujourd'hui reproduit aux articles L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail (L. 8231-1 et L. 8241-1 recod.), est resté, à quelques détails près, inchangé.

Ces deux textes définissent deux infractions assez proches, toutes deux passibles de deux ans d'emprisonnement (art. L. 152-3 C. trav. ; L. 8234-1 et L. 8243-1 recod.). À la suite de l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite, ces deux infractions

sont aujourd'hui confondues. L'ordonnance de recodification ignorant cette évolution a cru plus simple de les séparer au sein de deux titres distincts. Cette séparation ne devrait pas, cependant, générer de changement d'interprétation, le régime de ces infractions étant exactement le même (les articles L. 8234-1 et L. 8243-1 ont des significations strictement identiques, malgré quelques menues différences de forme, les articles L. 8233-1 et L. 8242-1 sont eux identiques à la virgule près).

Seule varie la définition des infractions, mais cette différence n'est pas nouvelle et c'est l'évolution de la jurisprudence qui, peu a peu, l'a aplanie.

Selon l'article L. 125-3 du Code du travail (L. 8241-1 recod.) : « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite » et selon l'article L. 125-1 du Code du travail : « Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou "marchandage", est interdite » (l'article L. 8231-1 recod. est une version très légèrement modifiée de ce texte, mais tous les termes essentiels sont maintenus, et rien n'est changé au fond).

Il s'agit de préciser les éléments constitutifs de ces infractions.

■ 255 « ... (un) prêt de main-d'œuvre » : le prêt ou fourniture de « main-d'œuvre » prohibé par ces deux textes s'oppose à l'opération que réalise un contrat d'entreprise ou un contrat de sous-traitance. Fournir de la main-d'œuvre n'est pas simplement fournir un travail, c'est surtout fournir un pouvoir de direction sur ce travail.

La mise à jour du véritable détenteur du pouvoir de direction est donc cruciale. Si le pouvoir de direction demeure entre les mains du cocontractant du salarié, celui-ci est son unique patron. Et le tiers bénéficiaire du travail n'est qu'un maître d'ouvrage ou un maître d'œuvre. Si, en revanche, ce bénéficiaire du travail détient dans les faits un pouvoir de direction, ce n'est plus un travail, mais une « main-d'œuvre » qui est fournie. Et l'opération, qualifiée de prêt de main-d'œuvre, peut tomber sous le coup de la loi pénale. C'est sur cette question de la détermination du titulaire, en pratique, du pouvoir de direction que se concentre la plus grande part du contentieux (v. par exemple, Crim. 25 avril 1989, *Prouveur*, *Bull. crim.,* n° 169 ; Crim. 3 mai 1994, *RJS* 1994, n° 1224 pourvoi n° 93-83104 ; Crim. 15 mars 1994, *RJS* 1994, n° 1233 ; Soc. 19 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1189).

■ 256 « ... à but lucratif » : les articles L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail (L. 8231-1 et L. 8241-1 recod.) exigent encore, pour que l'opération soit prohibée, qu'elle soit « à but lucratif ». Cette exigence a, un temps, conduit à n'accepter que les prêts de main-d'œuvre à titre gratuit et à prohiber conséquemment toute opération de prêt dotée d'une contrepartie (v. Soc. 4 avril 1990, *Bull. civ*. V, n° 157). La Cour a finalement admis les prêts de main-d'œuvre dans lesquels le prêteur ne fait que récupérer auprès du locataire de main-d'œuvre les salaires qu'il a versés ainsi que les charges sociales correspondantes. Mais cette récupération doit être limitée à ces sommes. Un supplément, fut-il justifié par des frais de gestion, rendrait l'opération « à but lucratif », la faisant entrer dans le champ de la répression (Soc. 16 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 225 ; Soc. 25 septembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 382). L'opération peut aussi avoir un but lucratif du point de vue de l'utilisateur de la main œuvre. Tel est le cas lorsque l'opération de main-d'œuvre lui procure un gain, comparativement à ce qu'elle aurait dû dépenser si elle avait embauché directement des salariés. Le délit est alors réalisé : l'opération est encore considérée comme à but lucratif (Crim. 23 mars 1993,

Black plaque (237,1)

C.S.B.P. 1993, *S.* 101. 185). En bref, ni le prêteur, ni l'utilisateur ne doivent tirer profit de l'opération. Pareil équilibre apparaît dans l'absolu difficilement réalisable et l'on peut imaginer qu'une légère marge de manœuvre peut être acceptable. Un arrêt du 1er avril 2003 (*Bull. civ.* V, n° 128) est allé dans ce sens et même un peu au-delà de la marge acceptable. Il considère que les économies assez importantes réalisées par l'utilisateur de la main-d'œuvre ne valent pas but lucratif, dès lors que cet utilisateur est la Croix Rouge, laquelle est une association « dont le statut d'association reconnue d'utilité publique est incompatible avec la recherche de bénéfices »... Il faut se garder de généraliser un tel cas d'espèce très particulier et assez peu convaincant.

Le principe demeure : le prêt de main-d'œuvre à prix coûtant ne peut être accepté qu'en l'absence de gain réalisé par l'emprunteur ou par le prêteur.

Le prêt de main-d'œuvre à titre gratuit peut permettre à un employeur, sur le papier, d'éviter une mise au chômage partiel en plaçant provisoirement ses salariés auprès d'autres entreprises. En pratique, il est surtout utilisé à la mobilité au sein des groupes de société, l'intérêt pour une société filiale de faire un bénéfice sur une autre société filiale étant fort réduit. La fiction de la personne morale peut alors être érigée comme un rempart entre le salarié et celui qui le dirige. Ce qui peut présenter certains dangers, malgré les quelques règles de droit protectrices, inspirées du droit du travail temporaire, qui sont applicables aux salariés objet d'un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif (art. L. 125-3 al. 2 ; L. 8241-2 al. 2, recod.).

« ... qui a pour effet de causer un préjudice... » : cette exigence supplémentaire est absente de l'article L. 125-3 (L. 8241-1 recod.), elle est propre à l'article L. 125-1 (L. 8231-1). Ce texte précise qu' « éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail » équivaut à réaliser un préjudice au dépend du salarié. Or, il est vite apparu que l'opération de prêt de main-d'œuvre élude toujours, plus ou moins, l'application de certaines dispositions légales ou conventionnelles. 257

L'opération élude souvent les règles sur la représentation du personnel (v. par ex. Crim. 23 mars 1993, n° 92-83381 D) ; ou celles du contrat de travail à durée déterminé (Crim. 16 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 195). Elle élude quasi automatiquement les règles du licenciement. Dans une opération de prêt de main-d'œuvre, par définition, l'utilisateur est un tiers au contrat de travail. Ses relations contractuelles sont limitées au contrat de prêt de main-d'œuvre conclut avec l'entreprise prêteuse de main-d'œuvre. Ce contrat n'est pas un contrat de travail, il peut donc être rompu selon les règles du droit civil ou du droit commercial, sans justifier d'une cause réelle et sérieuse. Cette rupture peut, par exemple, avoir lieu pour une simple perte de confiance, nullement appuyée sur des éléments objectifs. Au sein de l'entreprise de prêt de main-d'œuvre, la cause du licenciement sera la rupture du contrat de prêt de main-d'œuvre et la suppression de l'emploi du salarié qui en résulte. La cause réelle et sérieuse sera dès lors facilement constatée. L'utilisation d'un intermédiaire permet ainsi à l'utilisateur d'exercer les prérogatives d'un employeur sans être pour autant tenu de respecter le droit du licenciement.

Cette seule constatation a permis à la jurisprudence de reconnaître un contournement des règles légales et de retenir l'existence d'un marchandage (Crim. 15 novembre 1983, *Bull. crim.*, n° 299 ; *D.* 1984. IR. 374, obs. A. Lyon-Caen ; Crim. 25 avril 1989, *Lucas et Dransart*, *Dr. soc.* 1990. 425 ; *Bull. crim.*, n° 170 ; comp. la protection au champ d'application fort limité, qu'accorde l'art. L. 122-14-8 C. trav. aux salariés mis à la disposition d'une filiale étrangère).

Black plaque (238,1)

Au surplus, certains arrêts se contentent de noter que l'opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif est un moyen d'éluder les règles relatives au travail temporaire, pour caractériser le délit de marchandage (Crim. 26 mai 1988, *Dr. ouvrier* 1989. 362). Ce qui, on en conviendra, finit de généraliser la prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

Cette opération est finalement considérée comme éludant toujours au moins certaines règles légales. Et l'on en est finalement revenu à la logique qui guidait les cours d'appel de la fin du XIXe siècle, dans leurs arrêts rendus avant le blocage réalisé par l'arrêt *Loup* c. *Bœuf* : celles-ci considéraient le sous-salariat comme en lui-même générateur d'« exploitation » au sens du décret de 1848.

■ 258 « *... ayant pour objet exclusif* le prêt de main-d'œuvre » : il s'agit cette fois d'une exigence supplémentaire absente de l'article L. 125-1 (L. 8231-1 recod.), et propre à l'article L. 125-3 du Code du travail (L. 8241-1 recod.). Depuis que l'existence d'un préjudice est reconnue au sein de toute opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif, cet ajout de l'article L. 125-3 (L. 8241-1 recod.) ne présente plus d'intérêt. Il pose une condition supplémentaire, l'« objet exclusif ». Mais l'absence d'un tel objet exclusif ne fait pas sortir du champ de la prohibition : il conduit simplement à ne plus se référer qu'au seul article L. 125-1 du Code du travail (L. 8231-1 recod.). Ce qui ne produit pas d'effet particulier, ces deux textes étant passibles des mêmes sanctions pénales.

Dans un tel contexte, l'objet exclusif visé par l'article L. 125-3 (L. 8241-1 recod.) ne vaut plus que comme rappel d'un indice du transfert du pouvoir de direction. Lorsque les salariés amenés à travailler chez un client sont équipés d'un matériel particulier ou sont chargés de mettre en place un équipement nouveau fourni par leur employeur, il apparaît probable que l'entreprise qui les envoie conserve un pouvoir de direction sur eux, soit pour veiller à la sauvegarde de son matériel, soit parce qu'elle seule détient les compétences propres à contrôler la mise en place du nouveau matériel chez l'utilisateur. Le caractère non exclusif de la mise à disposition de personnel sert alors naturellement d'indice aidant à la qualification de contrat d'entreprise et non de prêt de main-d'œuvre. Mais cet indice se situe parmi de nombreux autres utilisés par la jurisprudence lors de la recherche du détenteur du pouvoir de direction. Parmi ces différents indices, on peut encore citer, l'encadrement des salariés par des membres de l'entreprise utilisatrice, le prix calculé sur les heures de travail et non de manière forfaire ou l'absence de spécificité de l'activité fournie par rapport à l'activité de l'entreprise bénéficiaire (sur ces différents indices, v. not. Crim. 3 mai 1994, *préc*. ou Crim. 25 février 1997, *Dr. ouvrier* 1997. 268).

■ 259 L'article L. 125-3 (L. 8241-1 recod.), désormais inclus dans le champ de l'article L. 125-1 (L. 8231-1 recod.), a perdu toute valeur normative propre. Il demeure que ces deux articles sont généralement utilisés de concert et visés tous deux dans la quasi-totalité des arrêts rendus par la Cour de cassation. Cette fusion de fait n'emporte au demeurant pas de difficulté particulière. Derrière une complexité apparente, on retrouve la simplicité d'une prohibition unique, celle du prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

La prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif n'est qu'un principe. Non seulement le prêt de main-d'œuvre « à prix coûtant », demeure licite, mais le législateur est intervenu pour autoriser certains prêts de main-d'œuvre à but lucratif.

Black plaque (239,1)

section 2

Les prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites

Le travail temporaire reste le principal type de prêt de main-d'œuvre à but lucratif licite (§ 1). Il est désormais concurrencé par d'autres exceptions (§ 2). Dans tous les cas, le prêt de main-d'œuvre pose la question des recours du salarié prêté contre le bénéficiaire direct de son travail, à savoir l'utilisateur de la main-d'œuvre (§ 3). 260

§ 1 Le travail temporaire

Le « travail temporaire » est l'expression juridique qui vise ce que la pratique nomme, le plus souvent, « travail intérimaire ». 261

L'idée que poursuit la réglementation du travail temporaire est de garantir les salariés contre les principaux risques du prêt de main-d'œuvre à but lucratif. Il s'agit d'abord de s'assurer que le prêteur de main-d'œuvre présente certaines qualités et garanties (A). Il s'agit ensuite de préciser les rapports juridiques qui lient les trois personnes impliquées dans l'opération (B à E).

Dans le cadre du travail temporaire, le prêteur de main-d'œuvre est qualifié d'« entreprise de travail temporaire », le salarié prêté est un « travailleur temporaire » et le locataire de la main-d'œuvre reste qualifié d'« utilisateur ».

A. L'entreprise de travail temporaire

On peut craindre qu'une entreprise normale, qui travaillerait dans le bâtiment par exemple, décide de créer une succursale ayant pour fonction d'être l'employeur de ses salariés. Cette succursale serait seul employeur et donc en principe le seul débiteur des obligations du droit du travail. L'intermédiaire en main-d'œuvre n'est plus alors qu'une fiction juridique visant à dégager le bénéficiaire de la main-d'œuvre de ses obligations d'employeur. 262

Pour lutter contre ce danger, l'article L. 124-1 du Code du travail (L. 1251-2 recod.) précise qu'une entreprise de travail temporaire a pour « activité exclusive » le prêt de main-d'œuvre à but lucratif. Il lui est interdit d'avoir une activité annexe. Il lui est *a fortiori* interdit d'être elle-même l'annexe d'une activité principale.

Cette exigence d'objet « exclusif » se heurte à l'écran de la personnalité morale. Une personne morale peut bien avoir pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre. Elle n'en demeure pas moins une fiction juridique qui peut servir aux fins d'écarter la main-d'œuvre de son véritable employeur, dès lors qu'elle est contrôlée, d'une manière ou d'une autre, par une entreprise dotée d'une autre activité. Pour cette raison, en la matière les juges lèvent facilement le voile de personnalité morale. Afin de montrer l'unité réelle existante sous l'apparence des personnes morales distinctes, les juges se contentent de remarquer que l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire ne sont qu'un « ensemble économique unique » (Crim. 15 février 1983, *Bull. crim.*, n° 56 ; *adde*. Crim. 12 décembre 1989, *RJS* 1990, n° 180). Ils se basent, pour ce faire, sur

Black plaque (240,1)

des critères similaires de ceux de l'unité économique et sociale. Les sanctions pénales relatives à l'absence d'objet exclusif sont alors, à juste titre, encourues.

Pour éviter que l'écran du prêt de main-d'œuvre ne prive les salariés de salaire, il était essentiel, en outre, qu'un certain contrôle s'exerce sur ces entreprises. Elles doivent donc être officiellement déclarées à l'inspecteur du travail avant de commencer à prêter de la main-d'œuvre (art. R. 124-2 C. trav.). Et leur solvabilité doit être garantie (art. L. 124-8 C. trav. (L. 1251-49 recod.) et R. 124-7 C. trav.).

B. Entreprise de travail temporaire et travailleur temporaire : le contrat de mission

■ 263 L'entreprise de travail temporaire (ETT) est l'employeur du travailleur mis à disposition. Et le contrat entre cette entreprise et son salarié est bien un contrat de travail.

Au sein du Code du travail actuel, le contrat est parfois qualifié de « contrat de travail temporaire » (art. L. 124-2) et parfois de « contrat de mission » (art. L. 124-7), sans qu'il faille voir dans cette différence terminologique autre chose qu'une indifférence des législateurs successifs à la précision du vocabulaire.

Le recodificateur est resté dans cette tradition de relative indifférence. Le « contrat de travail temporaire » est retenu pour intituler le titre 5 du Livre II ; mais le « contrat de mission », ouvre lui la section 3 du chapitre 1er de ce même titre. Cette dernière expression l'emporte cependant. Elle est solennellement consacrée par l'article L. 1251-1, dont la fonction est de poser quelques définitions de base. Et, plusieurs anciens « contrats de travail temporaire » ont été gommés par le recodificateur (v. par ex. le « contrat de travail temporaire » devenu « contrat de mission » en passant de l'art. L. 124-2 C. trav. à l'art. L. 1251-5 recod.). Bien sur, l'imperfection étant le signe de la recodification, à d'autres endroits du Code le « contrat de travail temporaire » demeure (v. not. les art. L. 1244-3, L. 3122-15 ou L. 3322-4...). Mais ces restes n'ont aucune signification particulière. Ils s'ajoutent simplement à l'intitulé précité du titre 5 du Livre II, pour prendre place parmi les nombreuses scories d'un travail de recodification bâclé. « Contrat de travail temporaire » et « contrat de mission » sont bien deux expressions synonymes. Et, dans l'ensemble, le « contrat de mission » semble bien être devenu la terminologie officielle majoritaire. L'expression sera donc retenue par la suite.

Le contrat de mission est conclu pour une mission particulière chez un utilisateur. À chaque nouvelle mission, le travailleur temporaire signe un nouveau contrat de travail avec l'entreprise de travail temporaire.

Le contrat de travail temporaire est un contrat de travail à durée déterminée. Il doit respecter l'ensemble de la législation qui régit ces contrats, notamment sur la forme, les cas de recours, les conditions de renouvellement et de succession de contrat, les interdictions d'utilisation, l'indemnité de précarité, etc.

Cependant, plutôt que d'opérer simplement par renvoi global, suivi des quelques précisions et exceptions liés à la spécificité du travail temporaire, le législateur a choisi la voie, plus lourde et plus complexe, de la répétition. La recodification commence le titre sur le contrat à durée déterminée par un article L. 1241-1 qui exclu fermement le contrat de mission du champ d'application du droit des contrats à durée déterminée. Mais c'est mieux mettre en valeur le soigneux travail de copie qui est fait dans la partie sur le contrat de travail temporaire. Le Code du travail actuel, repris par la recodification, recopie en effet soigneusement la législation applicable aux contrats à durée

Black plaque (241,1)

déterminée pour les contrats de missions. L'article L. 124-2 copie l'article L. 122-1, l'article L. 124-2-1 copie l'article L. 122-1-1 (L. 1242-2 recod.), etc. Ici ou là, on retrouve simplement de menues différences, de petits aménagements.

Ainsi, par exemple, le contrat de mission reprend l'ensemble des dispositions exigées pour le contrat à durée déterminée, lesquelles sont aussi exigées pour le contrat de mise à disposition. Mais il contient aussi quelques dispositions spécifiques au travail temporaire, comme la mention expresse du droit, pour l'utilisateur, d'embaucher à durée indéterminée le salarié mis à sa disposition (art. L. 124-4 C. trav. ; L. 1251-16 recod.).

264 Pour prendre un autre exemple, plus important en pratique, la spécificité du contrat de mission fait que, lorsque les conditions de sa conclusion ne sont pas remplies, une double requalification doit avoir lieu. Comme tout contrat à durée déterminée illicite, il doit être requalifié en contrat à durée indéterminée. Mais, de plus, comme l'opération de prêt de main-d'œuvre est illicite, elle doit aussi être invalidée. L'écran réalisé par cette opération ainsi écartée, les faits qui demeurent sont faciles à qualifier.

Un salarié a travaillé sous la subordination d'un utilisateur moyennant une rémunération : tous les caractères du contrat de travail sont présents entre l'utilisateur et le travailleur temporaire. En d'autres termes, l'utilisateur devient le seul employeur du travailleur temporaire. La requalification de l'utilisateur de main-d'œuvre en employeur vient donc s'ajouter à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée.

Ces deux requalifications sont également prévues par l'article L. 124-7 du Code du travail (L. 1251-39 recod.) et par l'article L. 124-7-1 (L. 1251-41) qui recopie en matière de travail temporaire, la procédure spéciale accélérée des requalifications prévues pour les contrats à durée déterminée.

Il est à noter que ces requalifications font peser l'essentiel de la sanction sur l'utilisateur de la main d'œuvre. Et ce alors que l'auteur principal de la violation des formes du contrat de mission est l'entreprise de travail temporaire. Le choix de ces sanctions s'explique cependant facilement par l'utilité qu'elles présentent pour la victime, à savoir le travailleur qui n'a pas bénéficié des protections légales. De plus, l'entreprise de travail temporaire pourra, elle aussi, être condamnée : elle est reconnue civilement responsable de l'absence ou de l'irrégularité du contrat de mission. Et cette faute de l'entreprise de travail temporaire produit nécessairement un préjudice au salarié (Soc. 13 décembre 2006, n° de pourvoi 05-44956, *Dr. soc.* 2007. 770, note C. Roy Loustaunau ; *Bull. civ.* V, n° 385).

265 Le contrat de mission peut, comme tout contrat à durée déterminée, être rompu pour faute grave ou pour cas de force majeure. L'article L. 124-5 du Code du travail (L. 1251-26 recod.) a cependant prévu une souplesse supplémentaire, en ayant à l'esprit les hypothèses dans lesquelles la mission s'arrête pour des motifs indépendants de la volonté de l'entreprise de travail temporaire, notamment du fait de la rupture du contrat de mise à disposition par l'utilisateur de la main-d'œuvre.

En cas de rupture avant terme du contrat de mission, l'entreprise de travail temporaire doit simplement retrouver une nouvelle mission au salarié dans un délai de trois jours. Celle-ci doit avoir le même salaire, la même qualification, le même type d'horaire, de temps de trajet et une durée égale ou supérieure au contrat rompu (art. L. 124-5 C. trav. ; L. 1251-26 recod.). Ainsi le nouveau contrat peut se substituer à l'ancien. À défaut d'une telle substitution de mission, l'entreprise de travail

Black plaque (242,1)

temporaire devra verser au salarié une rémunération équivalente à celle qu'il aurait perçue jusqu'au terme du contrat qui a été rompu (art. L. 124-5 al. 3 ; L. 1251-26 al. 3 recod.).

■ 266 D'autres différences sont moins facilement compréhensibles. Ainsi, par exemple, la différence des sanctions encourues en cas de violation du délai de carence qui doit être respecté entre deux contrats successifs.

Cette règle du délai de carence entre deux contrats successifs est prévue, à l'identique, pour les contrats de travail temporaire (art. L. 124-7 al. 3 C. trav. ; L. 1251-36 recod.) et pour les contrats à durée déterminée (art. L. 122-3-11 C. trav., L. 1244-3 recod. étudiés n° 245). Mais la sanction n'est pas la même. En matière de contrat à durée déterminée, l'article L. 122-3-13 du Code du travail (L. 1245-1 recod.) affirme expressément que la requalification sanctionne les violations faites au délai de carence de l'article L. 122-3-11 (L. 1244-3 recod.). En matière de contrat de mission, en revanche, l'article L. 124-7 alinéa 2, (L. 1251-40 recod.) qui fixe la sanction de requalification, oublie d'affirmer qu'il s'applique aussi en cas de violation de ces mêmes délais de carence, prévus cette fois à l'article L. 124-7 al. 3 (L. 1251-36 recod.).

Cette maladresse de copie, soigneusement préservée par la recodification, a eu de graves conséquences. La Cour de cassation considère en effet qu'à la différence de ce qui se produit pour les autres contrats à durée déterminée, le non-respect du délai de carence entre deux contrats de travail temporaire successifs ne permet pas la requalification (Soc. 23 février 2005*, et trois arrêts du même jour allant dans le même sens). Cette solution, très respectueuse des maladresses du législateur, permet au droit de sombrer dans le grotesque. L'utilisateur de main-d'œuvre qui n'a pas respecté le délai de carence est passible d'une amende de 3 750 euros, doublée en cas de récidive, et/ou d'un emprisonnement de six mois (art. L. 152-2 C. trav. ; L. 1254-9, recod.). Mais les sanctions civiles sont, elles, écartées. La faute est assez grave pour être pénalement sanctionnée, mais trop légère pour être civilement sanctionnée...

Il aurait pourtant été facile à la Cour de cassation d'étendre la sanction de requalification par analogie. D'autant que la requalification est une solution logique, qui devrait s'appliquer *même si aucun texte ne la prévoyait expressément* : il s'agit de la conséquence naturelle d'une invalidation du terme et de l'opération de prêt de main-d'œuvre : si l'on écarte le prêt de main d'œuvre, il ne reste plus qu'à qualifier juridiquement la relation de fait qui unit l'utilisateur et le salarié. Celle-ci répond précisément à la notion de contrat de travail élaborée par la jurisprudence (v. n° 26-35). Et, une fois le terme invalidé, le contrat devient à durée indéterminée... À cette interprétation, la Cour de cassation a préféré la maladresse du législateur et l'incohérence du droit.

C. Entreprise de travail temporaire et utilisateur : le contrat de mise à disposition

■ 267 Le contrat entre l'entreprise de travail temporaire et l'utilisateur se nomme « contrat de mise à disposition » (v. L. 1251-1 recod.). C'est un contrat entre deux entreprises qui relève du droit civil ou du droit commercial. Il n'engage en principe l'entreprise de travail temporaire qu'à une obligation de moyen, l'obligation d'avoir été diligente dans le choix du salarié mis à disposition. Mais il peut contenir toutes sortes de clauses, qui réduisent ou accroissent la responsabilité de l'entreprise de travail temporaire en cas de faute commise par le salarié mis à disposition. Et ces clauses sont validées par la

Black plaque (243,1)

jurisprudence, dans la mesure où elles ne vont pas jusqu'à exonérer la faute lourde ou le dol (Civ. 1er mars 1983, *Jur. Soc. UIMM* 1984, p. 54).

Le contrat de mise à disposition intéresse fortement le droit du travail : il s'agit d'un contrat par lequel un utilisateur de main-d'œuvre devient détenteur d'un pouvoir de direction sur des salariés qui ne sont pas, juridiquement les siens. Par le contrat de mise à disposition, l'utilisateur bénéficie de travail subordonné sans assumer les obligations d'un employeur.

Ce qui pose de nombreux problèmes. Le droit du travail a été conçu pour être imposé aux utilisateurs de main-d'œuvre et non à des intermédiaires.

Ainsi, par exemple, c'est l'utilisateur qui détient seul la plupart des informations indispensables au respect de la législation du travail. Lui seul sait si la mission entre dans un des cas de recours au contrat à durée déterminée. L'objet de la mission, sa durée et tous les principaux éléments qui caractérisent la mission doivent pour cette raison être expressément rédigés dans le contrat de mise à disposition et ce pour obliger l'utilisateur à donner toutes ces informations (art. L. 124-3 C. trav. ; L. 1251-43 recod.). Ce qui permettra à l'entreprise de travail temporaire de les transmettre au salarié. Ce qui permettra encore le contrôle : le contrat de mise à disposition n'est en effet valable que s'il s'inscrit dans un des cas où le recours au contrat à durée déterminée est autorisé.

268 La rupture du contrat de mission relève du droit commun des obligations. Un contrat de mise à disposition peut notamment prévoir qu'il pourra être rompu à tout moment par l'utilisateur. Et ce alors même qu'une telle clause est parfaitement illicite dans le contrat de mission du salarié mis à disposition.

Si l'utilisateur rompt le contrat de mise à disposition avant terme, le contrat de mission demeure en vigueur avec l'entreprise de travail temporaire (Soc. 9 juillet 2003*). Les salaires restent donc dus. L'entreprise de travail temporaire pourra cependant suivre l'exemple de son client et rompre le contrat de mission avant terme. Mais alors elle devra respecter les conditions d'une telle rupture (sur celles-ci, v. n° 265).

D. Travailleur temporaire et utilisateur

269 L'utilisateur commande le travailleur temporaire, sans être son employeur. Il a le pouvoir de direction, mais aucune autre responsabilité ou pouvoir de l'employeur. Le pouvoir disciplinaire, notamment, reste entièrement aux mains de l'entreprise de travail temporaire.

Cependant, dans les faits, le travailleur est installé dans l'entreprise de l'utilisateur exactement comme s'il en était le salarié. Il y prend d'ailleurs pleinement la place d'un salarié de cette entreprise.

Le législateur n'a pas voulu que le travailleur temporaire soit une sorte de remplacement à moindre coût d'un salarié direct. Il a donc prévu une obligation, pour l'utilisateur, de traiter en tout point le travailleur intérimaire comme il traite ses salariés : même rémunération, même accès aux avantages collectif, notamment même accès aux avantages accordés par le comité d'entreprise (art. L. 124-4-7, L. 1251-24 recod.). L'utilisateur est en outre responsable à son égard de l'ensemble des règles liées aux conditions de travail : réglementation du temps de travail, réglementation de l'hygiène et de la sécurité, etc. (art. L. 124-4-6 C. trav., L. 1251-21 recod.).

Black plaque (244,1)

En cas de violation des conditions mises à la conclusion d'un contrat de mission ou en cas de poursuite du travail au-delà du terme fixé, l'utilisateur devient l'employeur du travailleur temporaire (v. n° 264).

E. Sanctions pénales

■ 270 En cas de violation des conditions du travail temporaire, la logique voudrait, que l'on retombe dans le cadre de la prohibition du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, du marchandage. Ces sanctions ayant pu paraître trop élevées pour les « petites » violations du droit du travail temporaire, certaines infractions de moindre ampleur ont été prévues à leur égard. La violation des principales règles du travail temporaire est passible des peines de l'article L. 152-2 du Code du travail (L. 1254-1 à L. 1254-10 recod.) : six mois d'emprisonnement au maximum. Ce n'est que si la violation est suffisamment grave que les peines, plus lourdes, du marchandage seront encourues (deux ans d'emprisonnement, v. n° 254).

§ 2 Les autres prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites

■ 271 Le législateur a depuis quelques années prévu des cas dans lesquels le formalisme du travail temporaire peut être assez fortement atténué. De nouveaux prêteurs de main-d'œuvre à but lucratif, qui ne sont pas des entreprises de travail temporaire, sont alors apparus. Tel est le cas, principalement, des associations intermédiaires et des associations de service aux personnes.

Les associations et entreprises de services à la personne se caractérisent par l'objet de leur activité, à savoir l'aide à domicile, notamment les gardes d'enfant, les aides ménagères, les aides aux personnes âgées dépendantes, aux handicapés, etc. (L. 129-1 C. trav. ; L. 7231-1 recod.) Pour favoriser ces activités, les entreprises en question peuvent recourir au prêt de main-d'œuvre dans des conditions extrêmement simplifiées (L. 129-2, 1° C. trav. ; L. 7232-6 recod.). En guise de contrat de mise à disposition, par exemple, l'utilisateur de la main-d'œuvre peut se contenter de signer un chèque emploi-service universel (art. L. 129-5 et L. 129-6 C. trav. ; L. 1271-1 et s. recod.). Les formes du contrat de mission ne sont guère plus explicites. Et ces contrats bénéficient en outre d'exemptions de charges sociales et d'aides diverses. L'absence de forme et la faculté de conclure avec le même salarié une foule de petits contrats de mise à disposition, peut conduire à une précarité doublée d'une flexibilité extrême pour les salariés ayant pour profession l'aide à domicile.

Les associations intermédiaires sont des associations agréées, qui ont pour spécificité d'employer des « personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières » (art. L. 322-4-16 C. trav. ; L. 5132-7 recod.) et de les prêter à but lucratif dans des formes et à des conditions très simplifiées (Soc. 23 février 2005, *Dr. soc*. 2005. 817). La définition des personnes employables par ces associations est floue au possible. Elle ouvre des possibilités de dérapage nombreuses : elle permet la création d'associations qui ressemblent à des entreprises de travail temporaire, mais pour lesquelles la réglementation aurait été en partie abrogée, en échange d'une simple obligation d'accueillir un public en difficulté sur le marché du travail (ce qui est généralement le cas des salariés qui passent par le travail intérimaire...).

Black plaque (245,1)

§ 3 L'action directe : le fâcheux oubli des salariés prêtés à prix coûtant

272 Il existe une action directe du salarié prêté contre l'utilisateur de main-d'œuvre. Elle est issue du décret-loi du 8 août 1935 et a été plus récemment élargie par la loi du 12 juillet 1990. Cette action directe, mentionnée à l'article L. 125-2 du Code du travail (L. 8232-2 recod.), permet au salarié de réclamer directement à l'utilisateur ses salaires, ainsi que quelques autres avantages. Elle n'est cependant reconnue qu'à la condition que le prêteur de main-d'œuvre ne soit pas propriétaire d'un fonds de commerce ni d'un fonds artisanal. Mais cette condition est très généralement remplie, dans le cas du prêt de main-d'œuvre à but lucratif licite. Ni les entreprises de travail temporaire, ni les associations intermédiaires, ni normalement les associations de services à la personne ne sont propriétaires de tels fonds.

Il existe ainsi une protection applicable, en pratique, à l'ensemble des prêts de main-d'œuvre licite à but lucratif.

273 En revanche, la mise à disposition à prix coûtant, elle aussi licite, n'a guère fait l'objet d'une réglementation protectrice. Seules quelques règles éparses, tirées du droit du travail temporaire ont été transposées par la loi du 25 juillet 1985 (art. L. 125-3 al. 2 ; L. 8241-2 recod.). Ce type de mise à disposition pratiqué soit par l'intermédiaire de groupements d'employeurs (art. L. 127-1 C. trav. ; L. 1253-1 et s recod.), soit beaucoup plus fréquemment en dehors de toute réglementation légale, notamment à l'intérieur des groupes de société, est pourtant la source de graves dangers pour les salariés, notamment en matière de représentation des salariés ou en cas d'insolvabilité du prêteur de main-d'œuvre. L'action directe prévue à l'article L. 125-2 (L. 8232-2 recod.) ne leur est pas applicable, dès lors que le prêteur de main-d'œuvre est détenteur d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, ce qui, cette fois, sera très généralement le cas.

Le salarié prêté ne peut plus alors se retourner contre celui qui a tiré profit de son travail, pour le paiement de ses salaires. La défaillance du prêteur le laisse sans recours.

274 Le salarié prêté est alors moins bien traité que le salarié d'un sous-traitant. Les salariés d'un employeur ayant conclu un contrat d'entreprise bénéficient d'une action directe contre le maître de l'ouvrage (art. 1798 C. civ.). Il est pour le moins incongru que, parce qu'ils sont subordonnés au bénéficiaire et qu'ils devraient d'autant plus mériter d'être protégés, les salariés prêtés ne bénéficient plus d'une telle action directe. Le sous-traitant lui-même, alors même qu'il n'est pas un salarié mais un indépendant, s'est vu reconnaître une action directe contre le maître de l'ouvrage, (art. 12 et 13 de la loi du 31 décembre 1975), là où un salarié prêté serait sans recours.

S'ils veulent agir contre le bénéficiaire de leur travail, les salariés mis sans but lucratif à la disposition d'un tiers par leur employeur devront se contenter du recours, fort limité dans ses effets, à la théorie de l'enrichissement sans cause.

Il faut espérer qu'un tel vide dans la protection, difficilement justifiable, pourra bientôt être comblé, soit par le législateur, soit par la jurisprudence.

Black plaque (246,1)

Biblio

- Y. Chalaron, « Pour un nouveau concept pénal de marchandage ou trafic de main-d'œuvre », *Dr. soc*. 1980. 507.
- Y. Chalaron, « La réforme du travail temporaire », *Dr. soc*. 1982. 372 et s.
- H Blaise, « À la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'œuvre », *Dr. soc*. 1990. 418.

Documents

Jurisprudence

Soc. 29 avril 2003, *Bull. civ.* V, n° 147

« Attendu… qu'en vertu d'un contrat passé entre l'établissement public des Aéroports de Paris (ADP) et la société Air portage, cette dernière s'est vu confier le portage des bagages des passagers à l'aéroport Charles de Gaulle (…) Attendu (…) que l'arrêt relève d'une part qu'en réalité les porteurs étaient placés sous l'autorité d'ADP pour l'accomplissement d'activités relevant des obligations lui incombant envers les voyageurs (…) d'autre part que ces porteurs avaient été privés (…) de leurs droits sociaux ; que la cour d'appel a pu en déduire (…) que les dispositions de l'article L. 125-1 du Code du travail avaient été violées par ADP… »

Le travail temporaire : jurisprudence

Soc. 23 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 61 ; *RJS* 2005, n° 586

« Sur le premier moyen : (…) en cas d'accroissement temporaire d'activité (…), le recours à des salariés intérimaires ne peut être autorisé que pour les besoins d'une ou plusieurs tâches résultant du seul accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, notamment en cas de variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire ni que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même de ces tâches…

Sur le second moyen : (…) les dispositions de l'article L. 124-7 alinéa 2 du Code du travail qui sanctionnent l'inobservation par l'entreprise utilisatrice des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4 du même Code par la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée ne sont pas applicables à la méconnaissance de l'article L. 124-7 alinéa 3 relatif au délai de carence… »

Soc. 9 juillet 2003, *Bull. civ.* V, n° 230

« La décision de l'entreprise utilisatrice de rompre le contrat de mise à disposition avant le terme de la mission du salarié intérimaire n'entraîne pas la rupture de plein droit du contrat de travail ; qu'il en résulte qu'en l'absence de rupture anticipée du contrat de travail par l'entreprise de travail temporaire, celle-ci n'est pas tenue de proposer au salarié un nouveau contrat dans les conditions prévues par l'article L. 124-5 du Code du travail ».

Black plaque (247,1)

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

M. Paul, a été embauché en qualité d'ingénieur au sein de la société Supexpert, laquelle a pour activité le conseil en informatique. Dans ce cadre, M. Paul est amené à travailler sur le site de plusieurs clients, pendant trois ans. Le 3 septembre 2005, il lui est demandé d'aller aider à la maintenance de l'informatique de la société Aubopied, laquelle fabrique des chaussures. Pour cette intervention des conditions financières particulièrement avantageuses sont accordées à la société Aubopied, eu égard au fait qu'elle appartient au même groupe de sociétés que la société Supexpert et que leur société mère commune a suggéré fermement d'accorder de telles conditions avantageuses (à prix coûtant).

Au sein de cette société, M. Paul est intégré dans une équipe d'informaticiens, dont deux ont été directement embauchés par la société Aubopied. Les trois hommes travaillent dans un esprit d'égalité pendant deux ans. M. Paul continue à recevoir sa rémunération de la société Supexpert et celle-ci continue à facturer ses services à la société Aubopied. M. Paul lui envoie tous les trois mois un court rapport (deux pages) sur le travail qu'il a fourni.

À partir de juin 2007, M. Paul ne reçoit plus aucun salaire de la société Supexpert. Il apprend en septembre 2007 que celle-ci est en cessation de paiement et qu'une procédure de liquidation judiciaire est engagée à son encontre.

Il vient vous voir pour connaître ses droits, vis-à-vis de la société Aubopied : celle-ci doit-elle lui verser les salaires dus ? Est-il juridiquement possible de la faire reconnaître comme son employeur ?

Corrigé

Il s'agit tout d'abord de qualifier la relation entre la société Aubopied et M. Paul, de la ranger dans une case.

Il faut alors se poser une première question : qui détient, dans les faits le pouvoir de direction : la société Aubopied ou la société Supexpert ?

Pour répondre à cette question, il faut faire jouer les indices habituels de la subordination (sur lesquels, v. n° 34-35). Dans le sens d'un pouvoir détenu par la société Aubopied, on notera l'intégration dans un service organisé, la présence de salariés de la société Aubopied dotés des compétences nécessaires au contrôle et à la supervision du travail de M. Paul, etc. En sens inverse, on notera les compétences spécifiques de M. Paul, compétences fort peu répandues au sein de la société Aubopied ; on montrera qu'aucun des informaticiens avec lesquels il travaillait n'était son supérieur hiérarchique ; on rappellera les rapports envoyés, significatifs du contrôle et de la direction toujours assurés par la société Supexpert…

En fonction de ces éléments les juges tenteront de se forger une opinion. Si M. Paul avait été le seul informaticien de la société Aubopied, l'incompétence des membres de cette société en informatique l'aurait sans doute maintenu dans la sphère de commandement de la société Supexpert. Dans le cas d'espèce cependant, tel qu'il est décrit, les liens avec la société Supexpert

Black plaque (248,1)

semblent un peu trop lâches pour qu'ils soient significatifs d'une subordination maintenue ; cependant les liens avec la société Aubopied semblent un peu trop fort pour ne pas considérer que c'est cette société qui, de fait, exerçait le pouvoir de direction. Mais il s'agit d'une question, difficile, d'appréciation des faits, et les deux solutions doivent donc être envisagées.

• *Hypothèse 1 : la société Supexpert est restée détentrice du pouvoir de direction*

Dans ce cas le contrat qui lie les sociétés Supexpert et Aubopied est un contrat d'entreprise. M. Paul bénéficie d'une action directe pour le paiement de ses salaires contre le maître de l'ouvrage, la société Aubopied, en vertu de l'article 1798 du Code civil : dans la limite des sommes que la société Aubopied reste à devoir à la société Supexpert, M. Paul pourra réclamer que ses arriérés de salaires lui soient payés directement par la Société Aubopied. En revanche, M. Paul ne pourra pas être considéré comme un salarié de cette société. Et, si celle-ci l'embauche pour continuer le travail en son sein, il n'aura aucune ancienneté dans ce nouvel emploi.

• *Hypothèse 2 : la société Aubopied est détentrice du pouvoir de direction*

Dans ce cas le contrat qui lie les sociétés Supexpert et Aubopied est un contrat de prêt de main-d'œuvre. Il est à prix coûtant. Il faudra vérifier qu'aucune des deux parties au contrat n'en tire de bénéfice. Si tel est le cas, il s'agira d'un prêt de main-d'œuvre licite parce qu'à but non lucratif. Sinon, il s'agira d'un prêt de main-d'œuvre à but lucratif conclu hors des règles du travail temporaire et donc d'un délit de marchandage ou de prêt de main-d'œuvre à but lucratif (le caractère exclusif du prêt de main-d'œuvre est ici facilement démontré, de plus le préjudice subit par le salarié découle simplement de la perte des garanties qu'un licenciement fait par la société Supexpert lui aurait assurées).

– Hypothèse 2.1 : il s'agit d'un prêt de main-d'œuvre à but non lucratif. C'est l'hypothèse que suggère le plus l'énoncé du cas pratique. Dans ce cas, le prêt est licite. Le salarié ne peut pas être considéré comme ayant pour employeur la société Aubopied. Il ne bénéficie pas non plus d'une action directe en paiement de ses arriérés de salaires contre le locataire de main-d'œuvre : l'article L. 125-2 du Code du travail (seul en vigueur au moment des faits) ne prévoit une telle action que pour les locataires qui n'ont pas de fond de commerce et la société Aubopied est clairement le propriétaire d'un tel fonds de commerce. C'est la pire des situations pour le salarié.

– Hypothèse 2.2 : le prêt de main-d'œuvre représente un gain pour une des parties au contrat de prêt (le « prix coûtant » a été sous-évalué ou surévalué). Les délits des articles L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail (seuls en vigueur au moment des faits) sont constitués. L'opération de prêt est donc invalidée. Comme dans le cas du travail temporaire illicite, le salarié peut se considérer comme étant le salarié de la société Aubopied et ce depuis le début. Il pourra donc lui réclamer ses arriérés de salaires, mais aussi conserver son emploi, sauf à subir un licenciement que la société Aubopied devrait alors justifier et indemniser. C'est la solution la plus favorable pour le salarié.

Black plaque (249,1)

chapitre 12

Le contrat de travail à temps partiel

Black plaque (250,1)

Plan analytique

section 1

Égalité des salariés à temps partiel et des salariés à temps plein

section 2

Le formalisme du contrat et sa sanction

section 3

Variations de la durée et de la répartition du temps de travail

§ 1 Les heures complémentaires

§ 2 Variation de la répartition du temps de travail

section 4

Le temps partiel annualisé

12

Le contrat de travail à temps partiel

275 En 2005, sur les plus de quatre millions de salariés qui travaillaient à temps partiel, 82,1 % étaient des femmes (source : INSEE, *Enquêtes emploi*). Ce chiffre, qui est à peu près constant depuis de nombreuses années, montre que le travail à temps partiel demeure quasi exclusivement un travail réservé aux femmes. Ce constat est d'abord significatif des fortes inégalités persistantes devant les tâches ménagères et d'éducation des enfants, lesquelles conduisent les femmes à demander davantage que les hommes à travailler à temps partiel. Mais il est aussi dû, en partie, au sexisme de certains employeurs, qui les conduit à imposer aux femmes plutôt qu'aux hommes de travailler à temps partiel. La part respective de ces deux causes est bien évidemment impossible à chiffrer.

Ce déséquilibre homme-femme face au temps partiel doit rester à l'esprit lors de l'étude des règles applicables. Ainsi, lorsque les salariés à temps partiel sont considérés comme n'appartenant qu'en partie à l'entreprise et qu'il en résulte des inégalités de traitement entre travailleurs à temps partiel et travailleur à temps plein (ce qui est fréquent en pratique), il s'agira aussi, le plus souvent, de discriminations sexistes, directes ou indirectes (v. n° 171 à 173).

276 La définition du travail à temps partiel est devenue simple (art. L. 212-4-2 al. 2 ; L. 3123-1 recod.) : est à temps partiel le salarié qui travaille moins qu'un temps plein. Le travailleur à temps plein est en principe celui qui effectue au moins 35 heures par semaine, ou l'équivalent de cette durée en moyenne, sur le mois ou sur l'année (sur cette durée, dite « durée légale du travail », v. n° 329). La durée légale peut être réduite par une convention collective. Le salarié à temps partiel sera alors celui qui travaille moins que la durée conventionnelle applicable à son établissement.

L'instauration du temps partiel dans une entreprise peut être prévue par une convention collective. Mais elle peut tout aussi bien être le fruit d'une décision unilatérale de l'employeur. Celui-ci doit alors simplement consulter les représentants du personnel et transmettre leur avis à l'inspecteur du travail (art. L. 212-4-2 al. 1er ; L. 3123-2 recod.). À défaut de représentants du personnel, il suffit d'informer directement l'inspecteur du travail (*ibid.*).

Le travail à temps partiel peut être un choix de vie, opéré par le salarié, éminemment respectable. Il est cependant souvent subi, plus que choisi, élément que le législateur a pris en compte en créant une priorité, pour les salariés à temps partiel, sur les emplois à temps plein qui se libèrent (art. L ; 212-4-9 C. trav. ; L. 3123-8 recod.).

Après l'étude du principe d'égalité appliqué aux salariés à temps partiel (section 1) et la précision des formes du contrat de travail à temps partiel (section 2), nous nous attacherons à celle du principal danger subi par ces salariés, à savoir la flexibilité du temps de travail (sections 3 et 4).

Black plaque (252,1)

section 1

Égalité des salariés à temps partiel et des salariés à temps plein

■ 277 Le principe d'égalité entre salariés à temps partiel et à temps plein est affirmé avec force par l'article L. 212-4-5 du Code du travail (art. L. 3123-9 et s. recod.). L'alinéa 1er de cet article (L. 3123-11 recod.) affirme plus qu'une égalité : il exige une identité des droits : « les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet... ». Ce qui pose comme principe que les salariés à temps partiel bénéficient des exacts mêmes droits, en qualité comme en quantité, que les salariés à temps complet. L'alinéa 2 du texte (L. 3123-9 recod.) applique cette solution aux périodes d'essai : celles-ci ne peuvent avoir une durée calendaire plus longue que celle des salariés à temps plein. De même, le calcul de l'ancienneté se fait exclusivement eu égard à la date d'embauche, comme pour les salariés à temps plein, sans aucunement prendre en compte le fait que le salarié n'a travaillé qu'à temps partiel (al. 4 ; L. 3123-12 recod.).

En revanche, bien entendu, la rémunération d'un salarié à temps partiel doit simplement être proportionnelle à celle d'un salarié à temps plein (art. L. 212-4-5 al. 3 ; L. 3123-10 recod.).

Enfin, il s'agit d'éviter que le salarié à temps partiel licencié alors qu'il n'est à temps partiel que depuis peu ne reçoive qu'une indemnité de licenciement calculée sur son salaire partiel. L'alinéa 5 (L. 3123-13 recod.) prévoit en conséquence que les indemnités de licenciement seront calculées proportionnellement aux périodes travaillées à plein temps et à temps partiel par le salarié, depuis son entrée dans l'entreprise.

■ 278 Malgré ces dispositions, dont certaines peuvent apparaître comme favorisant les travailleurs à temps partiel par rapport aux salariés à temps plein, la pratique reste généralement défavorable aux salariés à temps partiel. Ce qui est d'autant plus grave que, comme on l'a dit précédemment, cette égalité est fortement corrélée avec l'égalité entre femme-homme. C'est au demeurant sous cet angle que la jurisprudence européenne aborde la question : les mesures qui touchent le temps partiel, si elles dénotent une inégalité de traitement comparativement aux salariés à temps plein sont condamnées comme discrimination sexiste indirecte, dès lors que la répartition des travailleurs à temps partiel ou à temps plein est fortement différenciée selon les sexes, ce qui est généralement le cas (v. par exemple, CJCE 27 mai 2004*).

Black plaque (253,1)

section 2

Le formalisme du contrat et sa sanction

279 En vertu de l'article L. 212-4-3 alinéa premier du Code du travail (L. 3123-14 recod.), le contrat de travail à temps partiel est un contrat écrit, comprenant plusieurs mentions obligatoires, parmi lesquelles la rémunération, la qualification, la durée du travail convenu et la répartition de cette durée entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

Ce formalisme n'est pas cependant sanctionné avec la même vigueur qu'en matière de contrat à durée déterminée.

On dit parfois, de manière peu rigoureuse mais parlante, que le contrat à durée déterminée irrégulier en la forme est présumé être un contrat à durée indéterminée et que cette présomption est irréfragable. En réalité, le contrat écrit et ses principales mentions obligatoires sont des conditions de validité de la stipulation d'un terme, d'une durée déterminée. D'où ce caractère automatique de la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

En revanche, depuis 1987, il est constant que la violation des conditions de formes du contrat de travail à temps partiel n'emporte qu'une *présomption simple* de contrat de travail à temps complet (Soc. 14 mai 1987, *Dr. soc.* 1988. 444, obs. J. Savatier ; Soc. 29 janvier 1997, *Bull. civ.* V, n° 39 ; Soc. 12 novembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 362). Le formalisme du contrat de travail à temps partiel n'est donc pas une condition de validité de la stipulation d'un temps partiel. Il ne s'agit que d'une exigence qui relève du droit de la preuve : la stipulation d'un temps partiel doit, en principe, être prouvée par écrit. En l'absence d'écrit ou en l'absence de l'une des stipulations obligatoires essentielles de cet écrit, le contrat est présumé à temps plein. Mais il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée par tous moyens.

280 Cette différence de portée du formalisme du contrat de travail à temps partiel s'explique difficilement en droit : on comprend mal pourquoi les exigences formelles expresses du Code du travail à la stipulation d'un temps partiel ne seraient pas requises pour la validité de cette stipulation. L'explication d'une telle différence n'est guère juridique, elle est plutôt d'ordre pratique. La requalification en contrat à durée indéterminée permet essentiellement au salarié de bénéficier de la protection du droit du licenciement. La requalification en temps plein est nettement plus avantageuse pour le salarié et symétriquement elle est nettement plus grave pour l'employeur. La requalification en contrat de travail à temps complet signifie qu'un salaire à temps complet était dû, alors qu'un salaire calculé sur un temps partiel a été versé. Le salarié à tiers-temps qui voit son contrat requalifié en contrat de travail à temps complet recevra un rappel égal au deux tiers du salaire à plein temps, et ce sur cinq ans, car les dettes de salaire se prescrivent sur cinq ans. La requalification en temps complet peut donc coûter très cher à l'employeur. Et c'est probablement pour cette raison que les juges n'en usent qu'avec parcimonie, réservant cette sanction aux hypothèses dans lesquelles l'employeur est incapable de renverser la présomption de travail à temps plein que créée la violation des obligations de formes du contrat de travail à temps partiel.

Black plaque (254,1)

281 Pour renverser la présomption, il ne suffit pas de prouver que le salarié a, de fait, travaillé moins d'heures qu'un salarié à temps complet. Il faut encore prouver la durée exacte convenue et la répartition de cette durée de travail sur la semaine, le mois et le cas échéant, l'année. Ces exigences ont été synthétisées clairement pour la première fois par l'arrêt *Barba* du 29 janvier 1997* (v. aussi, par ex. Soc. 12 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 90 ; Soc. 12 novembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 341).

Elles s'expliquent pour des raisons de fond : la durée et répartition du temps de travail doivent être contractuelles, c'est-à-dire obligatoires et prévisibles.

282 Pour que la preuve de la répartition du temps de travail soit rapportée, des horaires de travail fixes sont nécessaires. Un salarié peut travailler régulièrement 17 heures toutes les semaines. Mais, la répartition de cette durée peut être totalement irrégulière. Une semaine il travaillera le matin, la semaine suivante il travaillera parfois le matin, parfois l'après midi, la semaine d'après il fera 2 journées de 8 heures et 1 journée d'1 heure, etc. Une telle répartition du temps de travail, irrégulière, ne permet pas de prouver une répartition convenue contractuellement. Et la requalification sera prononcée (Soc. 12 juillet 1999, *Bull. civ.* V, n° 351, requalification en temps plein d'un contrat écrit mentionnant la durée exacte, mais omettant de spécifier la répartition de cette durée, la répartition pratique étant irrégulière). La solution est bien entendu la même si, de surcroît, la durée du travail du salarié a varié d'une semaine à l'autre, d'un mois à l'autre, et qu'il est de ce fait devenu impossible pour le salarié, de connaître la durée *exacte* de son travail.

283 Ces solutions sont pleinement justifiées par l'importance que revêtent la précision de la durée et de la répartition du temps de travail, particulièrement pour le salarié à temps partiel. Du fait de sa durée réduite de travail, celui-ci n'a vocation qu'à recevoir un salaire partiel, soit une rémunération qui apparaît souvent insuffisante pour garantir à elle seule un niveau de vie minimal. Or, l'absence de répartition fixe du temps de travail bloque, en pratique, la recherche d'un complément de rémunération. Un salarié à temps partiel auquel l'employeur impose d'importantes variations dans la répartition de son temps de travail ne peut prévoir les périodes pendant lesquelles il pourrait s'engager envers un second employeur. Il se trouve ainsi contraint, dans les faits, à demeurer au service exclusif d'un seul employeur et ce pour un salaire pouvant être réduit à une petite fraction de SMIC mensuel. Il ne travaille qu'à temps partiel, mais il est au service de l'employeur à temps plein. Et, pour cette raison, un salaire à temps plein lui est dû. C'est au demeurant ce que la Cour de cassation a très bien exprimé, notamment dans un arrêt du 29 septembre 2004*. L'arrêt requalifie en travail à temps plein le contrat d'une salariée qui en moyenne semblait en l'espèce travailler moins d'un quart du temps complet, en notant que « la salariée était placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler » et que, donc, « elle devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur ».

284 Pour cette raison encore, les stipulations expresses de la durée exacte et de la répartition du temps de travail peuvent ne pas être suffisantes : encore faut-il que cette durée et que cette répartition soient respectées. Un employeur qui fait varier la durée ou la répartition du temps de travail au-delà des prévisions du contrat écrit, opère une modification du contrat de travail, laquelle doit obéir aux mêmes conditions de formes que le contrat initial. Toute modification de la durée et de la

Black plaque (255,1)

répartition dépassant les prévisions du contrat doit être formalisée au sein d'un avenant écrit au contrat, sous peine de voir la présomption de contrat à temps plein s'appliquer à nouveau (v. Soc. 15 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 311).

285 En définitive, la sanction du formalisme imposé par la loi en matière de contrat de travail à temps partiel n'est pas à proprement parler la requalification en contrat de travail à temps plein. Simplement, en l'absence des formes écrites requises, le salarié n'a rien à quoi se rattacher. Une stricte régularité de la durée du temps de travail et de la répartition de cette durée sera alors exigée en compensation. Cette régularité stricte doit pouvoir être prouvée par l'employeur. Et la moindre irrégularité conduira à la requalification du contrat de travail en contrat à temps plein.

En présence des formes requises, en revanche, l'employeur peut bénéficier d'une certaine souplesse dans l'organisation du temps de travail de son salarié à temps partiel.

section 3

Variations de la durée et de la répartition du temps de travail

286 Si les formes sont respectées, la durée du temps de travail peut être augmentée (§ 1) et la répartition de cette durée peut être modifiée (§ 2).

§ 1 Les heures complémentaires

287 Les heures complémentaires sont des heures effectuées au-delà du temps partiel dont la durée a été contractuellement stipulée. Si ce temps partiel est de 15 heures par semaine, la 16e heure travaillée dans la semaine est une heure complémentaire. Cette notion « d'heure complémentaire » ne doit pas être confondue avec la notion « d'heure supplémentaire » : les heures supplémentaires sont des heures effectuées au-delà du temps plein, au-delà de la durée légale du travail actuellement fixée à 35 heures par semaine (sur les heures supplémentaires, v. nos 329 et s.).

L'article L. 212-4-3 alinéa 2 du Code du travail précise (L. 3123-14 recod.) que le contrat de travail doit spécifier expressément les conditions et limites dans lesquelles des heures complémentaires peuvent être demandées aux salariés à temps partiel.

Ces heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet d'accroître de plus d'un dixième la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail du salarié. Par exemple, un salarié dont le contrat prévoit 20 heures par semaine pourra être conduit à travailler en plus 2 heures complémentaires ; un salarié dont le contrat prévoit une durée mensuelle de 100 heures, pourra se voir demander 10 heures complémentaires. La variation légalement autorisée apparaît ainsi relativement modérée. Une convention collective de branche étendue ou un accord d'entreprise peuvent cependant porter cette limite supérieure au tiers de la durée (art. L. 212-4-4 al. 1er ; L. 3123-18 recod.). La variation de la durée pouvant être demandée par l'employeur est alors très

Black plaque (256,1)

importante. Il est cependant prévu alors que les heures complémentaires effectuées au-delà de 10 % de la durée contractuelle font l'objet d'une majoration de salaire de 25 % (L. 212-4-4 al. 2 C. trav. ; L. 3123-19 recod.). Leur régime se rapproche alors un peu du régime juridique des heures supplémentaires (v. n° 331).

Les heures complémentaires peuvent être ordonnées par l'employeur au salarié qui doit s'y soumettre, à la condition d'avoir été demandées au moins trois jours à l'avance (art. L. 212-4-3 al. 4 ; L. 3123-20 recod.). La solution est un peu plus avantageuse que celle que la jurisprudence retient pour les heures supplémentaires, lesquelles peuvent être imposées sans aucun délai de prévenance particulier (v. not. Soc. 9 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 103).

Il est encore prévu que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale du travail. En d'autres termes cela signifie que le salarié à temps partiel peut toujours refuser de travailler à temps complet (art. L. 212-4-3 al. 3 ; L. 3123-17 al. 2 recod.).

L'utilisation systématique d'heures complémentaires peut, en outre, provoquer une modification du contrat de travail. Si, pendant douze semaines sur une période de quinze semaines, l'horaire réellement effectué a dépassé celui prévu au contrat d'au moins 2 heures par semaine, la durée du travail contractuelle est automatiquement modifiée : on ajoute le temps complémentaire à la durée contractuelle de base, sauf opposition du salarié (art. L. 212-4-3 *in fine* ; L. 3123-15 recod.). Cette disposition a pour objet d'interdire à l'employeur de revenir à une durée moindre de travail et donc à un salaire moindre sans l'accord exprès du salarié.

Il demeure que, lorsque les formes et conditions sont respectées, la technique des heures complémentaires peut permettre à l'employeur de se saisir unilatéralement, du temps libre du salarié. Ce pouvoir unilatéral sur le temps libre peut encore être accru par de possibles clauses de variation de la répartition du temps de travail (pour une critique en général des pouvoirs juridiques accordés aux employeurs sur le temps libre de leurs salariés, v. n° 312).

§ 2 Variation de la répartition du temps de travail

■ 288 Les horaires de travail d'un salarié à temps partiel ne peuvent être modifiés que du commun accord des parties au contrat de travail, à moins que ce contrat ait expressément prévu une clause de variation (art. L. 212-4-3 al. 5 C. trav. ; L. 3123-24 recod.).

La clause de variation doit prévoir un délai de prévenance, d'au moins 7 jours (L. 212-4-3 al. 1er ; L. 3123-21 recod.), délai qui peut, en échange d'une « contrepartie » être réduit à 3 jours par une convention collective étendue ou d'entreprise (art. L. 212-4-4 al. 1er ; L. 3123-22 recod.). La clause doit préciser l'ampleur des variations possibles et, surtout, elle doit surtout spécifier les cas dans lesquels elles peuvent intervenir (art. L. 212-4-3 al. 1er ; L. 3123-14, 2° recod.).

Cette dernière condition est peut-être la plus importante. L'imprécision des cas dans lesquels une variation peut intervenir équivaut en effet, pour la jurisprudence, à une absence de spécification de ces cas. Les clauses imprécises sont donc invalidées. Telle est le cas, par exemple, de clauses de variation « en fonction des nécessités du service » (Soc. 6 avril 1999*) ou « si les circonstances le demandent » (Soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ.* V, n° 373).

Black plaque (257,1)

Lorsque la clause est correctement stipulée, le législateur a prévu que dans certains cas exceptionnels, le salarié pourrait tout de même refuser la modification de ses horaires. Pour bénéficier de ce droit au refus, le salarié doit démontrer des obligations familiales impérieuses ou le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur ou encore une période d'activité soit chez un autre employeur soit dans le cadre d'une activité professionnelle non salariée (art. L. 212-4-3 al. 6 ; L. 3123-24 recod.).

Il est très regrettable que ces « excuses » légales n'aient pas été expressément généralisées à l'ensemble des cas dans lesquels l'employeur s'empare du temps libre du salarié, et notamment aux hypothèses dans lesquelles il commande d'exécuter des heures complémentaires.

289 Une garantie essentielle contre les excès qui peuvent être commis dans la répartition du temps de travail est en outre prévue à l'article L. 212-4-4 alinéa 3 du Code du travail (L. 3123-16 al. 1er recod.). Cet article prohibe le hachage du temps de travail tout au long de la journée. Par exemple, un salarié pourrait recevoir les horaires suivants : 8h/9h, 12h/13h, 16h/17h, 20h/21h. De tels horaires, qui peuvent permettre au salarié de servir de « bouche-trous », bloquent de fait toute la journée de ce salarié, surtout s'il habite à une certaine distance de son lieu de travail et le tout pour une rémunération de 4 heures dans la journée... C'est exactement pour empêcher ce type d'horaire que l'article L. 212-4-4 alinéa 3 interdit que les salariés subissent plus d'une interruption du travail par jour et que cette interruption soit supérieure à 2 heures : les horaires des travailleurs à temps partiel doivent être suffisamment ramassés pour qu'en échange du montant partiel de leur salaire, ils aient au moins la possibilité de jouir de davantage de temps libre qu'un travailleur à temps complet.

Cette idée assez simple est cependant loin d'être garantie. Une convention collective étendue ou d'entreprise peut y déroger (L. 212-4-4 alinéa 3 ; L. 3123-16 recod.).

Surtout, la quasi-totalité des protections du salarié à temps partiel quant à la répartition de son temps de travail sont susceptibles d'être détruites ou contournées par la conclusion d'une convention collective d'annualisation du travail à temps partiel.

section 4

Le temps partiel annualisé

290 Ainsi qu'on vient de le voir, une convention collective étendue ou d'entreprise peut prévoir que les heures complémentaires pourront accroître d'un tiers la durée du travail initialement prévue au contrat et qu'elle peut réduire à 3 jours le délai de prévenance d'une variation de la répartition du travail. Une telle convention peut aller encore beaucoup plus loin. Elle peut permettre de supprimer l'essentiel des garanties qui résultent d'une prévision contractuelle de la répartition du travail.

Il est en effet possible, par une convention étendue ou d'entreprise, de mettre en place le travail à temps partiel annualisé.

Ce temps partiel annualisé permet tout d'abord de faire travailler le salarié à temps partiel de manière irrégulière sur l'année. Un salarié à temps partiel pourra

Black plaque (258,1)

ainsi travailler à temps plein pendant les mois de forte activité de l'entreprise et ne pas travailler du tout pendant les mois où le travail est moins important. Il n'y a là rien à redire.

■ 291 Mais cette possibilité d'organiser le temps partiel sur l'année s'accompagne de la possibilité de détruire quasiment toute prévisibilité pour le salarié des périodes auxquelles il pourra être amené à travailler.

L'obligation de stipuler expressément la répartition du temps de travail au sein du contrat peut alors être remplacée par la simple communication d'un « programme indicatif » (art. L. 212-4-6, 6° C. trav. ; L. 3123-25, 6° recod.). Les horaires pourront alors être simplement « notifiés par écrit au salarié » (art. L. 212-4-6, 7°, C. trav. ; L. 3123-25, 7° recod.). Dans quelles conditions, dans quels délais ? Le texte ne dit rien et laisse donc *a priori* toute latitude aux négociateurs collectifs. Rien n'interdit formellement d'envoyer un tel programme tous les jours. Sur son ordinateur, chaque soir, le salarié pourra alors regarder le mail envoyé par l'entreprise qui lui indiquera s'il travaille ou non le lendemain. Les variations ayant lieu sur l'année, on peut fort bien imaginer que pendant des mois il recevra quotidiennement un message lui disant : « vous n'avez pas de travail pour demain ». Soudain un message lui enjoindra de travailler 10 heures le lendemain. Il ne sera pas alors question de refuser en invoquant des raisons familiales impérieuses ou des obligations professionnelles ou des obligations liées à un enseignement suivi : l'article L. 212-4-3 alinéa 6 du Code du travail (L. 3123-24 recod.) qui prévoit ces hypothèses vise la *modification* de la répartition du travail et non l'envoi d'un programme indicatif alors que rien n'avait été encore fixé.

Le programme indicatif notifié au salarié peut-être modifié. Cela concerne les employeurs qui envoient le programme de travail à des fréquences relativement « lentes », par exemple tous les 15 jours. Alors, pour modifier le programme indicatif, l'employeur devra respecter un délai de 3 jours (art. L. 212-4-6, 8°C. trav. ; L. 3123-25, 8° recod.) et peut-être subir les « excuses » susvisées du salarié.

Le plus extraordinaire est encore cette faculté reconnue aux négociateurs collectifs, au niveau de la branche comme de l'entreprise, de faire exception à la limitation des interruptions du travail dans une même journée (et ce, au demeurant, que l'on soit ou non dans le cadre ou non d'un temps partiel annualisé : art. L. 212-4-4 al. 3 C. trav. ; L. 3123-16 recod.- et art. L. 212-4-6, 4°C. trav. ; L. 3123-25, 4° recod.). Les horaires hachés et surréalistes susvisés (8h/9h, 12h/13h, 16h/17h, 20h/21h) deviendraient alors parfaitement légaux.

Dans ces conditions, le travailleur devient un fournisseur de travail à la demande. Il ne peut plus planifier aucune activité personnelle ou professionnelle, même à relativement court terme. Il doit rester en permanence à la disposition de l'entreprise. Et ce, pour un salaire extrêmement bas, puisque calculé sur un temps qui peut être très partiel. Une convention collective d'entreprise peut ainsi ouvrir la porte à une espèce de salariat particulièrement brutal : pour rémunération mensuelle largement inférieure au RMI, une disponibilité permanente peut ainsi être exigée.

Mais que les hommes se rassurent, une telle situation n'est possible qu'à l'encontre des salariés à temps partiel et ces salariés sont à plus de 80 % des femmes...

■ 292 Ce rappel laisse à penser que les dispositions sur le temps partiel annualisé pourraient être attaquées, devant la Cour de justice des Communautés européennes, comme productrices d'une discrimination sexiste indirecte. La pertinence de ce type

Black plaque (259,1)

de raisonnement a déjà été reconnue, à propos d'un élément du droit du licenciement, par la Cour de justice (v. CJCE 9 février 1999, C. 167/97, *Seymour-Smith et Perez*, *Rec. CJCE*, p. I-627, pt. n° 51 et s.). Pour invalider les dispositions relatives au temps partiel annualisé, il faudrait démontrer statistiquement qu'elles touchent très largement plus souvent les femmes que les hommes (ce qui devrait être relativement facile). Puis il faudra démontrer que ces dispositions ne sont pas suffisamment justifiées par des éléments objectifs, indépendant de toute considération sexiste. La réponse à cette seconde question sera, bien évidemment plus difficile, plus aléatoire. Mais l'utilité de ces flexibilités extrêmes apparaît suffisamment douteuse pour que le débat ne soit pas perdu d'avance.

Black plaque (260,1)

Biblio

- *Minima sociaux, revenus d'activité, précarité*, *Dr. soc*. n° spécial juillet-août 2000, avec not. les articles de M. Borgetto, « Minima sociaux et revenus d'activité : éléments d'une problématique générale » et de P. Concialdi, « Les travailleurs pauvres ».
- M.-T. Join-Lambert, « Le cumul salaires/allocations représente-t-il une voie d'avenir ? », *Dr. soc*. 2000. 632.
- M. Del Sol, « Travail à temps partiel : le renforcement de la logique du temps choisi ? », *Dr. soc*. 2001. 728.

Documents

Temps partiel et discriminations sexistes

CJCE 27 mai 2004, C-285/02

« … 17. Si cette rémunération apparaît égale dans la mesure où le droit à une rémunération des heures supplémentaires ne naît qu'au-delà de 3 heures supplémentaires pour les enseignants à temps partiel ainsi que pour les enseignants à temps plein, il convient cependant de constater que 3 heures supplémentaires représentent une charge plus grande pour les enseignants à temps partiel que pour ceux à temps plein. En effet, si un enseignant à temps plein doit travailler 3 heures de plus que son temps de travail mensuel de 98 heures, soit une augmentation d'environ 3 %, pour recevoir une rémunération de ses heures supplémentaires, un enseignant à temps partiel doit travailler 3 heures de plus que son temps de travail mensuel de 60 heures, soit une augmentation d'environ 5 %. Étant donné que, pour les enseignants à temps partiel, le nombre d'heures de cours supplémentaires qui donne droit à une rémunération n'est pas réduit de manière proportionnelle à leur temps de travail, il y a donc un traitement inégal de ceux-ci par rapport aux enseignants à temps plein en ce qui concerne la rémunération pour leurs heures supplémentaires de cours.

18. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer, premièrement, si la différence de traitement instituée par la législation en cause affecte considérablement plus de femmes que d'hommes et, deuxièmement, si cette différence de traitement répond à un objectif étranger à toute appartenance à un sexe déterminé et est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (v., en ce sens, arrêt du 7 mars 1996, *Freers et Speckmann*, C278/93, *Rec. CJCE,* p. I-1165, pt. 28).

19. Dans ces circonstances, il convient de répondre à la question posée que les articles 141 CE et 1er de la directive 75/117 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle les enseignants à temps partiel ne perçoivent – tout comme ceux employés à temps plein – aucune rémunération pour les heures supplémentaires lorsque le travail supplémentaire n'excède pas trois heures dans le mois civil, si cette différence de traitement affecte un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes et si une telle différence de traitement ne peut pas être justifiée par un objectif étranger à toute appartenance à un sexe déterminé ou n'est pas nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. »

Black plaque (261,1)

La requalification en temps plein

Soc. 29 janvier 1997, *Barba*, *Bull. civ.* V, n° 39 ; *Dr. soc.* 1997. 311, note F. Favennec ; *Grands arrêts*, n° 38

« … en l'absence d'écrit, le contrat de travail est présumé conclu à temps complet, il appartient à l'employeur qui se prévaut d'un contrat à temps partiel de rapporter la preuve non seulement de la durée exacte du travail convenu mais également de sa répartition sur la semaine ou le mois ».

Soc. 29 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 232

« (…) Attendu que l'employeur fait encore grief à l'arrêt d'avoir décidé que le contrat de travail conclu par Mme Thèze avec la société des Autoroutes du Sud de la France le 5 décembre 1999 était un contrat à temps complet, alors, selon le moyen que (…) la société des Autoroutes du Sud de la France faisait valoir que par exemple, du 1er septembre au 31 décembre 1999, Mme X… n'a travaillé que vingt-sept jours (…), soit 22,5 % d'un temps plein, (…)

Mais attendu que la cour d'appel, qui a fait ressortir que la salariée était placée dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme elle devait travailler et qu'elle devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur, a légalement justifié sa décision ».

Les clauses de variation

Soc. 6 avril 1999, *Bull. civ.* V, n° 166

« Mais attendu, d'abord, que la répartition du travail, telle qu'elle doit être prévue, en application de l'article L. 212-4.3 du Code du travail, constitue un élément du contrat de travail à temps partiel, qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié ;

Attendu, ensuite, qu'une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier l'horaire convenu en prévenant le salarié au moins 7 jours à l'avance qu'à la double condition, d'une part, de la détermination par le contrat de la variation possible, d'autre part, de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir ;

D'où il suit que la répartition du travail à temps partiel sur 6 jours au lieu de 5 jours constituait une modification du contrat de travail et que la clause contractuelle visée par le jugement, en accordant à l'employeur le pouvoir de modifier la répartition des horaires en fonction des nécessités du service, ne correspondait pas aux exigences légales… »

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

La convention collective de l'entreprise Mélusine contient les deux clauses suivantes :

Black plaque (262,1)

« Article 7 : Crèche

Une crèche est organisée dans les locaux de l'entreprise. Les salarié (e) s peuvent y déposer leur enfant gratuitement quatre demi-journées par semaine. Au-delà, les places sont attribuées selon les disponibilités et une contribution aux frais de garde est demandée aux salarié (e) s.

(...)

Article 29 : Prime de rendement

Tout salarié ayant assemblé plus de 3000 parapluies dans la semaine recevra, en fin de mois, une prime de 150 euros ».

La directrice du personnel, Mme Albertine, vient vous trouver. Elle vous demande ce qu'elle doit répondre à M. Marcel. Celui-ci travaille à mi-temps. Mais il demande à bénéficier des quatre demi-journées par semaine de crèche. Elle pense, qu'en bonne logique il devrait se contenter de deux demi-journées, d'autant qu'il a plus de temps libre que les autres pour s'occuper lui-même de ses enfants.

Ce M. Marcel réclame en outre qu'on lui paie une prime de rendement de 150 euros à chaque fois qu'il dépasse les 1500 parapluies. Elle pense pour sa part que l'article 29 est très clair et qu'il n'accorde de prime qu'aux salariés qui atteignent les 3000 parapluies.

Corrigé

- Sur les jours de crèche :

L'article L. 212-4-5 alinéa 1er (L. 3123-11 recod.)du Code du travail est clair : « les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet... sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, des modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif. » En l'absence de dispositions contraires, ils bénéficient donc exactement des mêmes droits que ceux des salariés à temps plein. L'article 7 de la convention collective aurait pu spécifier que pour les salariés à temps partiel le nombre de jours dû était réduit en proportion du temps travaillé. Il n'en a rien fait. Les salariés à temps partiel bénéficient donc tous de quatre demi-journées de crèche gratuites par semaine, comme les autres salariés.

- Sur la prime de rendement :

Il s'agit d'un élément de rémunération. L'article L. 212-4-5 alinéa 3 (L. 3123-10 recod.) prévoit qu'en matière de rémunération la règle n'est pas celle de l'identité de l'alinéa 1er, mais celle de la proportionnalité selon le temps travaillé. Pour savoir ce à quoi à droit M. Marcel, il faut prendre la situation d'un salarié de même capacité, de mêmes fonctions, de même ancienneté... mais à temps plein. Puis il faut rechercher ce que gagne, ou ce que gagnerait un tel salarié. Il suffit alors de réduire la rémunération de ce salarié en proportion du temps de travail réalisé par M. Marcel, pour connaître le minimum de rémunération auquel il a droit.

M. Marcel est à mi-temps. À chaque fois qu'il dépasse les 1 500 parapluies hebdomadaires, on peut penser qu'il aurait dépassé les 3 000 parapluies s'il avait travaillé à temps plein. Et, toujours *s'il avait travaillé à plein temps*, il aurait touché la somme de 150 euros. M. Marcel ne doit pas, cependant toucher cette somme. Il est à mi-temps et, selon l'article L. 212-4-5 précité, il n'a droit qu'à une rémunération proportionnelle à celle qu'il aurait touchée s'il avait travaillé à plein temps. Puisqu'il travaille à mi-temps, il aura droit à la moitié de la prime de rendement (soit 75 euros) et ce à chaque fois qu'il aura réalisé 1 500 parapluies hebdomadaires (sur ce nécessaire calcul au prorata, on peut citer, notamment, l'arrêt CJCE 27 mai 2004*).

Black plaque (263,1)

TITRE 4

L'exécution du contrat de travail

L'exécution du contrat de travail est l'affaire de toute la vie professionnelle des salariés. Il ne s'agit pas ici de traiter l'ensemble des questions qui peuvent, à un titre ou à un autre se rattacher à cette exécution. Nous nous concentrerons sur les deux obligations principales qui sont issues du contrat de travail. La première est la contrepartie du travail, l'obligation principale de l'employeur : il s'agit du salaire (chapitre 13). La seconde est l'obligation du salarié de fournir un travail subordonné. En pratique cela signifie essentiellement qu'il s'engage à consacrer une partie de son temps à l'employeur. Ce temps pendant lequel le salarié s'est contractuellement engagé à obéir est désigné sous le nom de « temps de travail » (chapitre 14).

Ces deux éléments sont le cœur de l'échange que réalise le contrat de travail : un salaire contre un temps de travail. Ce sont logiquement à propos d'eux qu'eurent lieu les premières grandes grèves et que furent adoptées les premières règles protectrices du droit du travail.

Black plaque (265,1)

chapitre 13

Le salaire

Black plaque (266,1)

Plan analytique

section 1

Le salaire minimum

§ 1 Le SMIC

§ 2 La mensualisation

§ 3 La rémunération mensuelle minimale

section 2

Le versement du salaire

§ 1 L'employeur insolvable

§ 2 Le paiement

A. Mode de paiement

B. Le bulletin de paie

C. La compensation

Black plaque (267,1)

Le salaire est évidemment un élément crucial. Les questions qu'il pose se déclinent autour de deux thèmes. Le premier tente de répondre à l'éternelle question : « combien ? ». Il s'agit du montant du salaire. En droit, plus précisément, c'est la question de son montant minimum qui importe (section 1). Le second thème est celui du versement du salaire : il ne suffit pas en effet d'avoir droit à un salaire. Encore faut-il que ce droit soit respecté, que le salaire soit bel et bien versé (section 2). 294

section 1

Le salaire minimum

Le droit français connaît de nombreux minima de salaires. La plupart sont prévus par des conventions collectives. Les conventions collectives de branche contiennent ainsi, en principe, des grilles de classification, qui dressent la liste des métiers de la branche et qui associent à chacun de ces métiers un niveau de salaire minimum. 295

Au niveau national et interprofessionnel, il existe deux minima. Le premier est de très loin le mieux connu. Il s'agit du salaire minimum de croissance. Sous sa désignation abrégée de « SMIC », il est devenu un mot à part entière, avec ses dérivés légèrement argotiques, comme « smicard ». C'est dire l'importance qui lui est accordée (§ 1).

La rémunération mensuelle minimale n'a pas eu le même succès. Il est vrai que son rôle est nettement plus modeste (§ 3). La mensualisation vient compléter le dispositif, en lissant les salaires d'un mois sur l'autre et en permettant la rémunération des jours fériés (§ 2).

Fut un temps, du fait de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures, le législateur avait cru nécessaire de mettre en place toutes sortes de rémunérations minimales, pour ceux qui étaient passés aux 35 heures à telle date, ou à telle date, ou pour ceux embauchés après telle date, etc. Ces éléments de complexité, créés dans la foulée de la loi Aubry du 19 janvier 2000, resteront à la postérité comme un exemple de la subtile intelligence des techniciens qui nous gouvernent. Ils ont fort heureusement disparu (les minima, pas les techniciens).

Les rémunérations minimales ont une importance considérable : le libre court laissé aux rapports de force dans la négociation des contrats individuels pourrait conduire des travailleurs à vivre dans la grande misère tout en travaillant bien plus qu'à temps plein. L' « exemple » des pays anglo-saxons est ici pour rappeler que ce risque n'est pas de pure forme. 296

Il faut aussi garder à l'esprit que, même en présence d'une législation protectrice importante sur le salaire minimum, comme c'est encore le cas de la France, cette

Black plaque (268,1)

protection ne suffit pas à elle seule à garantir un travailleur contre la pauvreté. Les rémunérations minimales ne sont des protections contre la pauvreté qu'à l'égard des salariés à temps plein et elles ne jouent que durant le temps où ces salariés ont un emploi. Le développement des emplois précaires et du travail à temps partiel, ajouté aux diverses violations du SMIC dont sont notamment victimes les travailleurs dissimulés, ont conduit au développement considérable du nombre des travailleurs pauvres, y compris en France. Avoir du travail ne suffit donc plus toujours à éviter l'exclusion ou la misère.

§ 1 Le SMIC

297 Le salaire minimum de croissance a succédé en 1970 au salaire minimum interprofessionnel garantis (SMIG), qui avait lui été créé par une loi de 1950. Il est aujourd'hui une des dispositions du droit du travail les plus importantes, tant au niveau pratique qu'au niveau symbolique. Pour cette raison sans doute, sa destruction ou sa réduction, souvent rêvées par les milieux patronaux, n'ont toujours pas été obtenues.

Le champ d'application du SMIC est tout à fait général. N'en sont guère exclus que certains apprentis et les salariés de moins 18 ans (avant 17 ans les salariés souffrent d'un abattement de 20 %, et de 17 à 18 ans l'abattement est de 10 % : art. R. 141-1 C. trav. ; cet abattement est supprimé après 6 mois de pratique professionnelle).

Le SMIC est une somme minimale due par heure travaillée, c'est un taux horaire. L'employeur qui ne le respecte pas s'expose à des sanctions pénales (art. R. 154-1 C. trav.), à savoir des amendes prévues pour les contraventions de 5e classe, soit 1 500 euros et 3 000 euros en cas de récidive. Ces amendes sont appliquées autant de fois qu'il y a de salariés rémunérés en dessous du SMIC.

298 Le SMIC présente l'originalité et la force d'être soumis à une double indexation.

Lorsque l'indice des prix à la consommation croit d'au moins 2 %, le SMIC est relevé dans la même proportion à compter du premier jour du mois qui suit la publication de l'indice qui a noté cette croissance (art. L. 141-3 C. trav. ; L. 3231-5 recod.). Le pouvoir d'achat que représente le SMIC est ainsi garanti.

De plus, tous les ans, au 1er juillet, le SMIC est augmenté de la moitié au moins de l'augmentation du pouvoir d'achat des salaires moyens (art. L. 141-5 C. trav. ; L. 3231-8 recod.). Lorsqu'en moyenne les salariés s'enrichissent, lorsque leur pouvoir d'achat croît, les salariés les moins bien payés doivent aussi s'enrichir. L'idée est très simple : l'enrichissement de la nation doit bénéficier aux salariés les moins biens payés. Entre les salariés les moins bien payés et les salariés moyennement payés, il existe un écart. Il n'a pas été prévu d'aller jusqu'à interdire à cet écart de s'accroître. Mais il a été prévu que lorsque le salaire moyen croissait de 2, le salaire minimum devait croître de 1. Cette protection a permis au salaire minimum français de rester à un niveau honorable. D'autant que cette obligation de revalorisation le premier juillet de chaque année a été l'occasion de très nombreux « coups de pouces », allant plus loin que la revalorisation minimale ordonnée par la loi.

299 La principale difficulté juridique que pose le SMIC est celle des sommes qui doivent, ou non, être intégrées dans son assiette. Ce qui se comprend mieux au travers d'un exemple.

Black plaque (269,1)

Au 1er juillet 2007, le SMIC était à 8,44 euros brut de l'heure. Pour un travail de 35 heures par semaine (soit 151,67 heures de travail par mois en moyenne dans l'année), ce taux conduit à un minimum de 1 280,07 euros brut par mois (soit 1 005,37 euros net), pour un salarié mensualisé.

Soit un salarié dont la rémunération brute comprend un fixe de 1 000 euros par mois et une prime de dureté de 450 euros par mois. Au total, ce salarié touche 1 450 euros pas mois. La règle du SMIC est-elle pour autant respectée ? Tout dépend de l'intégration ou non de la prime dans l'assiette du SMIC. Si l'on considère que cette prime doit être additionnée au salaire de base pour former le « salaire » qui doit être comparé au SMIC, le minimum est respecté. Si l'on considère au contraire qu'elle doit en être exclue, le SMIC n'est pas respecté. Et des sanctions pénales sont encourues.

À cette question de l'intégration des primes dans l'assiette du SMIC, la Cour de cassation a choisi de répondre de manière nuancée. Pour elle, certaines primes sont incluses, d'autres ne le sont pas. Plus précisément sont incluses l'ensemble des primes directement liées au travail, comme un supplément de salaire calculé à la pièce, des primes de 13e mois ou d'objectif les mois où elles sont payées (Soc. 4 juin 2002*). En revanche, il faut exclure les primes qui présentent une exigence supplémentaire, spécifique, comme les primes d'assiduité ou d'ancienneté (Soc. 19 juin 1996*), de rendement, ou encore celles qui sont liées à des éléments distincts de la prestation de travail proprement dite. Sont ainsi, par exemple, exclues une prime liée aux résultats de l'entreprise et non au travail individuel du salarié (Soc. 2 avril 2003, *RJS* 2003, no 742) ; ou une prime justifiée par la cherté de la vie dans les départements d'outre-mer (Soc. 4 mars 2003*).

300 La distinction est souvent extrêmement subtile. Elle s'appuie de plus sur des arguments peu convaincants. Dire qu'une prime d'ancienneté récompense la stabilité, c'est aussi dire que cette stabilité a une valeur, qu'elle permet au travail d'avoir une meilleure qualité, une meilleure constance. De même une prime d'assiduité rémunère un élément, l'assiduité, qui donne de la valeur au travail. (sur l'exclusion de l'assiette des primes d'ancienneté et d'assiduité, v. pourtant Soc. 19 juin 1996*). De même, la prime de cherté de la vie dans les DOM qui a fait l'objet de l'arrêt du 4 mars 2003* était calculée par rapport au salaire versé, conditionné par le versement de ce salaire. Elle était clairement un supplément de rémunération *du travail* accordé aux salariés travaillant dans les DOM. Elle n'était pas une aide octroyée généreusement aux habitants des DOM, indépendamment du travail réalisé.

Plus généralement, les sommes reçues par le salarié, à un titre ou à autre, de la part de l'employeur ne peuvent guère être considérées comme des cadeaux, ni comme des récompenses indépendantes du travail. Elles sont toutes, à un degré ou à un autre, la contrepartie du travail. Au demeurant elles cessent toutes d'être dues lorsque le travail n'est pas exécuté. Distinguer, comme prétend le faire la Cour de cassation, ce qui est ou non « contrepartie » du travail est donc en réalité impossible : toutes les sommes versées par l'employeur, quelle que soit leur dénomination, sont, en réalité, à un titre ou à un autre, des contreparties du travail.

301 Il eut été plus logique de faire un raisonnement en deux temps.

Le salaire minimum a pour objectif d'éviter que les salariés qui travaillent à temps plein tombent en dessous d'un certain niveau de vie. Les sanctions pénales sont au demeurant significatives de ce fondement essentiel. Tout salaire au sens très large du terme, toute somme reçue en contrepartie ou à l'occasion du travail, est un élément

Black plaque (270,1)

qui entre en compte dans le calcul du pouvoir d'achat du salarié, un élément qui l'éloigne de la pauvreté. Toutes ces sommes doivent donc pouvoir être intégrées pour savoir si le montant du SMIC a été atteint. Si l'employeur a versé une rémunération supérieure à ce montant, même si c'est à l'aide de diverses primes plus ou moins ésotériques, il n'a pas laissé son salarié en dessous du niveau de vie prescrit par la loi. Il ne devrait donc pas encourir de sanctions pénales pour non-versement du SMIC.

En revanche, d'un point de vue civil et non plus pénal, un employeur qui rémunère au SMIC, rémunère au minimum légal. Il n'accorde aucun supplément à ses salariés et il viole ainsi les règles qui ordonnent le versement de « primes » : toute « prime » est, par définition, un supplément.

Ceci apparaîtra mieux en reprenant l'exemple précédent. Soit un salarié à temps plein dont la rémunération comprend un fixe de 1 000 euros par mois et une prime de dureté de 450 euros par mois. Au total, ce salarié touche 1 450 euros pas mois. Selon le raisonnement précédent et contrairement à la jurisprudence, il faudrait considérer que le SMIC est respecté (le SMIC, mensualisé, conduit à salaire minimum de 1 280,07 euros). En revanche, la prime de dureté a-t-elle été payée ? Il faut ici dire qu'en plus du SMIC, le salarié n'a touché qu'un peu moins de 170 euros. La prime, c'est-à-dire le supplément dû est de 250 euros. Le compte n'y est pas. L'employeur doit des arriérés de salaires. Mais il n'encourt pas de sanction pénale pour non-versement du SMIC.

Ce raisonnement, préconisé dès 1985 par Jean Savatier, n'a pas été reconnu par la Cour de cassation. Et il faut donc, encore aujourd'hui, souffrir la casuistique byzantine de la jurisprudence.

§ 2 La mensualisation

■ 302 La mensualisation est un mode de calcul du salaire, issu d'un accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, lequel a été consacré et élargi par la loi du 19 janvier 1978. Le champ d'application de la mensualisation est tout à fait général, puisqu'il est calqué sur le champ d'application du droit des conventions collectives (art. L. 131-2 C. trav. ; L. 2212-1 recod.).

La mensualisation est d'abord un mode de calcul simplifié du salaire. Le nombre de jours ouvrables et donc d'heures travaillées est variable d'un mois à l'autre. Et il est plus simple de verser tous les mois un même salaire. Pour arriver à ce résultat, il suffit d'opérer ce qu'on appelle un « lissage » du salaire, c'est-à-dire de faire une moyenne. Travailler 35 heures par semaine, revient à travailler par mois 35 heures multipliées par le nombre de semaines dans l'année, divisé par le nombre de mois dans l'année, soit 35x52/12 = 151,6667 heures par mois.

Ce lissage est expressément autorisé, par la convention de 1977 entérinée par la loi de 1978. Il a donc une valeur légale. Cela permet notamment de verser tous les mois aux salariés qui travaillent 35 heures par semaine une rémunération de 1 280,07 euros brut par mois (soit 151,6667 multiplié par le SMIC qui est de 8,44 euros brut de l'heure au 1er juillet 2007) tout en respectant le SMIC, alors même que cela revient à rémunérer l'heure de travail en dessous du SMIC les mois où l'on travaille plus d'heures, cette perte étant compensées par une rémunération par heure plus forte, les mois où l'on travaille moins d'heures.

Black plaque (271,1)

La mensualisation a présenté comme intérêt majeur pour les salariés d'imposer que le chômage des jours fériés ne soit pas pris en compte dans le calcul. Ce qui assure, de fait, le paiement de ces jours féries. 303

L'accord sur la mensualisation de 1977 a, de plus, été la source d'un grand nombre d'avantages notamment en matière de congés de maladie, de congés pour événements personnels, d'indemnité de licenciement, de mise à la retraite, etc.

§ 3 La rémunération mensuelle minimale

Les articles L. 141-10 et suivants du Code du travail (L. 3232-1 et s. recod.) mettent en place une rémunération mensuelle minimale (RMM). Le montant de cette rémunération est égal au SMIC, multiplié par la durée légale du travail par mois. Couplée avec les dispositions sur la mensualisation, elle revient à poser un montant minimal par mois pour un salarié travaillant à plein temps, égal au SMIC mensualisé. 304

Ce minimum peut être réduit, en cas de grève, de maladie, d'absence injustifiée, de maternité... Mais, et c'est là tout son intérêt, *il ne peut pas être réduit en cas de réduction de la durée du travail sur ordre de l'employeur*. En d'autres termes, une mise chômage partiel décidée par l'employeur ne pourra pas réduire la rémunération due aux salariés en dessous de la RMM. Le chômage partiel décidé par l'employeur ne peut affecter que la part du salaire située au-dessus du SMIC.

Plus précisément, la règle impose à l'employeur de verser, en plus du salaire dû pour les heures travaillées, un complément qui monte ce salaire jusqu'au niveau de la RMM. La moitié de ce complément lui sera remboursée par l'État.

La RMM est ainsi l'une des indemnisations du chômage partiel (sur la seconde de ces indemnisations, v. n°s 385 à 388).

section 2

Le versement du salaire

Le salaire est une créance du salarié dont l'importance est souvent cruciale. C'est à l'aide de cette somme versée par l'employeur qu'il paie son loyer, fait ses courses, achète des habits... Il est ainsi en partie consacré besoins élémentaires du salarié. Les créances de ce type sont juridiquement qualifiées de créances « alimentaires ». L'ensemble de la créance de salaire ne présente pas ce caractère. Le salaire est aussi le moyen de satisfaire des envies qui ne relèvent pas des besoins élémentaires. En un mot, le salaire est une créance partiellement alimentaire. 305

Ce caractère explique les protections dont son versement fait l'objet.

Ces protections s'exercent d'abord contre les créanciers du salarié qui, s'ils se saisissaient de l'entier salaire pourraient priver le salarié de tout moyen de subsistance. Pour cette raison, la créance de salaire est partiellement insaisissable. Logiquement, plus le salaire est élevé et plus la partie saisissable est importante (v. art. R. 145-2* C. trav.).

Ces protections sont cependant principalement dirigées contre le débiteur du salaire, l'employeur. Le droit tente de limiter les conséquences de l'insolvabilité de

l'employeur (§ 1) et de parer les diverses manœuvres auxquelles les employeurs peuvent avoir recours pour contourner leur obligation de verser le salaire (§ 2).

On notera au passage que les dettes de salaires se prescrivent par 5 ans (art. L. 143-14 C. trav. ; L. 3245-1). Une telle prescription quinquennale est au demeurant appliquée pour toutes les créances qui réapparaissent régulièrement, autrement dit créances « périodiques » (art. 2277 C. civ.).

§ 1 L'employeur insolvable

■ 306 Le salarié détient un privilège qui lui permet d'être payé en priorité sur les autres créanciers de l'entreprise. Le salaire bénéficie tout d'abord d'un privilège général (art. 2101, 4° et 2104, 2° C. civ.). De plus, le salaire dû pour les 90 derniers jours de travail bénéficie d'un droit au paiement immédiat, avant tous les autres créanciers, que l'on désigne habituellement sous le nom de « superprivilège » (art. L. 143-10 C. trav. ; L. 3253-2 et L. 3253-3 recod.).

Ces éléments s'étant encore souvent révélés insuffisants face aux employeurs insolvables, un mécanisme d'assurance a, de plus été mis en place. Cette assurance est gérée par une association patronale, l'Association pour la gestion des créances d'origine salariale, dite « AGS ». Elle est régie par les articles L. 143-11-1 et suivants du Code du travail (L. 3253-6 et s. recod.). Elle a désormais un rôle important dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

Elle couvre l'essentiel des créances que les salariés peuvent détenir sur l'entreprise, dans la limite d'un plafond (art. D. 143-2 et D. 143-3 C. trav.). Toutes créances confondues, ce plafond est fixé, pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté, à six fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des contributions au régime d'assurance chômage (10 728 euros en 2007). Il tombe à quatre mois pour les salariés de moins de six mois d'ancienneté.

La créance des salariés contre l'entreprise est donc fortement protégée par le droit. Mais seulement jusqu'à un certain montant. Les sommes dues aux salariés au titre de leur licenciement additionnées à leurs arriérés de salaires dépassent parfois largement les montants garantis. Les salariés doivent alors s'en remettre, avec assez peu d'espoir, à leur privilège général (le superprivilège étant lui, exercé en action récursoire, par l'AGS).

§ 2 Le paiement

Le salaire doit être payé tous les mois ou deux fois par mois si le salarié fait la demande (art. 2 al. 5 de l'ANI du 10 décembre 1977 sur la mensualisation). Le mode de paiement a été réglementé (A). La remise d'un bulletin de paie a été exigée (B) et la compensation exercée par l'employeur sur les dettes du salarié a été réglementée (C).

A. Mode de paiement

■ 307 Le mode paiement du salaire a dû faire l'objet d'interventions législatives. Au début du XXe siècle, certains patrons payaient leurs employés en jetons ou en bons d'achat, utilisables dans les seuls magasins de l'employeur, dits « économats ». Cette pratique, présentée comme un moyen de lutter contre l'alcoolisme, était aussi le moyen de

Black plaque (273,1)

faire payer cher des produits de mauvaise qualité. L'employeur récupérait ainsi d'une main ce qui avait été donné de l'autre. Cela permettait aussi à l'employeur une véritable emprise sur la vie extraprofessionnelle des salariés. Ce paternaliste fut rudement combattu. L'obligation de payer les salariés en monnaie date de 1908. Les économats patronaux restèrent cependant annexés aux bâtiments de travail, avec une très forte incitation des salariés à aller y dépenser leur paie... Le législateur en est venu à interdire à l'employeur, sous peine de sanctions pénales, d'annexer à son établissement un magasin destiné aux salariés ou à leurs familles (art. L. 148-1 C. trav. ; L. 3254-1 recod.).

Aujourd'hui, les salaires doivent être payés en monnaie, par chèque ou par virement bancaire ou postal. La voie du virement ou du chèque est de principe. Le salarié peut toutefois demander à être payé en monnaie, mais seulement jusqu'à un montant de 1 500 euros. Le paiement partiel par des avantages en nature reste possible, mais il est limité. Les avantages en nature ne peuvent faire descendre la rémunération versée en monnaie ou par voie bancaire au salarié en dessous du SMIC, que s'ils sont soumis aux règles d'évaluation très strictes du Code du travail. Ainsi, par exemple, le logement assuré par l'employeur ne peut faire descendre la rémunération versée en espèce aux salariés à un niveau inférieur au montant du SMIC qu'à raison de deux centimes d'euros par jour de logement assuré (art. D. 141-9 C. trav.). Il s'agit, bien évidemment, d'empêcher que des salariés puissent être rémunérés exclusivement ou principalement, par un logement et une nourriture fournis par l'employeur.

B. Le bulletin de paie

L'employeur doit accompagner le paiement du salaire de la remise d'un bulletin de paie. Ce document comporte de nombreuses dispositions obligatoires (art. R. 143-2 C. trav.). Il est régi par l'article L. 143-3 du Code du travail (L. 3243-2 recod.). Il s'agit, pour le salarié, d'un élément de preuve central, tant vis-à-vis de l'employeur que vis-à-vis des tiers, vis-à-vis desquels il démontre l'existence d'un emploi, d'un montant de la rémunération, et donc d'une solvabilité du salarié. De ce fait, le bulletin de paie est devenu une condition quasi indispensable pour accéder au logement et au crédit.

308

Bien entendu, le bulletin de paie n'a aucune valeur probante à l'encontre du salarié, qui n'en est pas l'auteur. Son acceptation sans protestation ne peut en aucun cas valoir accord du salarié sur les sommes versées, ni preuve du versement de ces sommes, ni bien sûr engagement du salarié à ne pas agir en justice pour réclamer des arriérés de salaire. Pour que cela soit bien clair, le législateur a même prévu qu'une signature du salarié exigée au moment de la paie ne pouvait établir qu'une chose et une seule, à savoir que la somme reçue correspond bien au montant net figurant sur le bulletin de paie (art. L. 143-3 al. 3 C. trav. ; L. 3243-2 recod.). La délivrance de bulletins de paie peut être réclamée sous astreinte. Et toute mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heure inférieur à celui réellement effectué constitue en principe une dissimulation d'emploi salarié (L. 324-10 al. 5 C. trav. ; L. 8221-5 recod.), passible de trois ans d'emprisonnement (art. L. 362-3 C. trav. ; L. 8224-1 recod.).

L'obligation de délivrer un bulletin de paie connaît cependant aujourd'hui quelques exceptions dangereuses. Ainsi, les très petites entreprises, ayant au plus cinq salariés, peuvent payer leurs salariés par un « chèque-emploi » qui leur est spécialement destiné et se contenter de leur remettre un document issu de l'organisme gestionnaire de ces chèques, en guise de bulletin de paie (art. L. 133-5-5 al. 5 CSS ;

Black plaque (274,1)

L. 1274-3 recod.). Ce document sera, au dire du texte, « réputé » remplir les conditions relatives au bulletin de paie. Cette innovation de l'ordonnance du 2 août 2005 permet en outre à l'employeur de ne plus respecter ni ses obligations relatives à la forme du contrat à durée déterminée, ni ses obligations relatives à la forme du contrat de travail temps partiel. Ce qui offre des possibilités de flexibilité et de travail dissimulé vraiment nouvelles.

C. La compensation

309 Il peut arriver que l'employeur soit créancier de sommes d'argent sur le salarié. Le plus souvent il s'agira simplement de prêt qu'il a consenti au salarié.

Au XIXe siècle, en un temps où le salaire suffisait à peine pour survivre, les salariés étaient généralement totalement dépourvus d'épargne. L'employeur prêtait au salarié embauché de quoi s'installer, de quoi payer ses outils de travail (qui étaient alors souvent à sa charge) et de quoi survivre en attendant la première paie. Ces prêts, consignés sur le livret ouvrier du travailleur, n'étaient guère remboursés, les salariés dépensant l'intégralité de leur maigre paie à des fins alimentaires. Cette dette des salariés achevait de les placer dans un état de dépendance économique et juridique total. Tant qu'ils n'avaient pas remboursé, l'employeur pouvait garder leur livret ouvrier et ils avaient l'interdiction de partir chercher du travail ailleurs. De plus, les salariés débiteurs étaient totalement mis à la merci de l'employeur : celui-ci pouvait à tout moment réduire le salarié et sa famille à la famine en décidant de ne plus lui verser de salaire, les sommes dues étant directement affectées par l'employeur au remboursement de la dette du salarié.

De cette histoire il reste une certaine méfiance vis-à-vis des employeurs qui sont aussi créanciers de leurs salariés. Il n'est pas interdit aux employeurs de prêter de l'argent à leurs salariés, ce type de prêt étant souvent un des seuls crédits dont les salariés puissent bénéficier. Mais, l'employeur cumule alors le pouvoir du patron et celui du créancier, ce qui représente d'incontestables risques. Le livret ouvrier, qui symbolisait le premier et le plus important de ces risques a été aboli dès le 2 juillet 1890. Le second de ces dangers est la compensation pouvant être opérée par l'employeur.

310 La compensation est ce mécanisme qui permet, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre d'éteindre simultanément les deux dettes, si elles sont liquides et exigibles, à concurrence du montant de la dette la moins importante. Ce mécanisme peut permettre à l'employeur de se rembourser des sommes que le salarié lui doit en opérant des retenues sur le salaire qu'il doit payer. Il n'a pas été réellement interdit, mais il a été strictement réglementé.

Pour se rembourser des « avances en espèce », dettes nées d'une remise de somme d'argent au salarié, l'employeur a l'interdiction d'opérer des retenues de plus du dixième des salaires dus (art. L. 144-2 C. trav. ; L. 3251-3 recod.). Ainsi, par exemple, si le salaire mensuel du salarié est de 2 000 euros, l'employeur ne pourra se rembourser par une retenue sur salaire qu'à hauteur de 200 euros par mois. L' « avance en espèce » ainsi régie par l'article L. 144-2 du Code du travail (L. 3251-3 recod.) se distingue de l'« acompte ». Un acompte est le versement d'une partie du salaire que le salarié a déjà gagné par son travail. Lorsque l'heure de la paie viendra, celle-ci pourra être amputée de l'acompte déjà versé (v. Quiz).

Black plaque (275,1)

Pour les dettes qui ne sont pas nées de la remise d'une somme d'argent la compensation est en principe interdite. Seules les dettes issues de la fourniture par l'employeur d'outils et matériaux nécessaires au travail du salarié peuvent être compensées (art. L. 144-1 C. trav. ; L. 3251-2 recod.).

Black plaque (276,1)

Biblio

J. Savatier, « La portée du droit du SMIC selon les modalités de rémunération », *Dr. soc.* 1985. 811.

Documents

La fraction insaisissable du salaire

Article R. 145-2 du Code du travail (dernière modification par la loi du 24 mars 2005)

« Les proportions dans lesquelles les rémunérations annuelles visées à l'article L. 145-2 sont saisissables ou cessibles sont fixées comme suit :
– au vingtième, sur la tranche inférieure ou égale à 3 310 euros ;
– au dixième, sur la tranche supérieure à 3 310 euros, inférieure ou égale à 6 500 euros ;
– au cinquième, sur la tranche supérieure à 6 500 euros, inférieure ou égale à 9 730 euros ;
– au quart, sur la tranche supérieure à 9 730 euros, inférieure ou égale à 12 920 euros ;
– au tiers, sur la tranche supérieure à 12 920 euros, inférieure ou égale à 16 120 euros ;
– aux deux tiers, sur la tranche supérieure à 16 120 euros, inférieure ou égale à 19 370 euros ;
– à la totalité, sur la tranche supérieure à 19 370 euros.
Les seuils déterminés ci-dessus sont augmentés d'un montant de 1 250 euros par personne à la charge du débiteur saisi ou du cédant, sur justification présentée par l'intéressé… »

L'intégration des primes dans l'assiette du SMIC

Soc. 19 juin 1996, *RJS* 1996, n° 1048

« … le conseil de prud'homme qui a fait ressortir que les primes d'ancienneté et d'assiduité n'étaient pas versées en contrepartie du travail, mais pour récompenser la stabilité et l'assiduité des salariés, a décidé à bon droit qu'elles ne pouvaient être prises en compte pour l'application du SMIC ».

Soc. 4 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 190

« … la réalisation des objectifs impartis au salarié étant directement liée à l'exécution par celui-ci de sa prestation de travail, il en résulte que la prime contractuelle, allouée en fonction de la réalisation de ces objectifs, constitue pour les mois où elle est versée un élément de salaire entrant dans le calcul du minimum conventionnel garanti ».

Soc. 4 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 78 ; *Dr. soc.* 2003. 658

« … une indemnité spéciale dite "Indemnité DOM" est versée douze fois par an et est calculée selon un pourcentage défini par note de service, appliqué au salaire à la grille du coefficient de chaque salarié ; qu'ayant relevé que l'"Indemnité DOM" avait pour objet de compenser la cherté de la vie dans les départements d'outre-mer, le conseil de prud'hommes a décidé à bon droit,

Black plaque (277,1)

sans encourir les griefs du moyen, que n'ayant pas été perçue en contrepartie du travail de la salariée, cette prime ne constituait pas un complément de salaire au sens de l'article D. 141-3 ».

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

M. Paul a un salaire mensuel de 3 000 euros. Il reçoit sa paie, normalement, le dernier jour ouvrable du mois. Ce vendredi 15 septembre 2007, il vient voir M. Large dans son bureau. Il lui explique qu'il est vraiment « à sec » et même menacé d'être interdit bancaire. Il supplie l'employeur d'avancer un peu, pour cette fois, le jour de la paie. Bienveillant, M. Large lui signe immédiatement un chèque de 3 000 euros.

Le 1er octobre, M. Paul retourne voir M. Large : il se plaint de ne pas avoir reçu un centime de paie le 30 septembre dernier. M. Large lui rappelle qu'il l'a déjà payé au 15 du mois.

Ils vous prennent à témoin de leur différent. Vous leur donnez la solution que le droit prévoit dans un tel cas.

Corrigé

Sur les 3 000 euros versés le 15 septembre, 1 500 ont déjà été gagnés par le travail effectué avant le 15 septembre : il ne s'agit pas d'un prêt, d'une avance, mais du paiement d'une dette, d'un acompte au sens juridique. La dette payée est éteinte. Le 30 septembre, ce demi-salaire payé n'est plus dû.

Les 1 500 euros supplémentaires versés le 15 septembre n'avaient pas, eux, été gagnés par le travail du salarié. Il ne s'agit plus du paiement d'une dette, mais d'un prêt, d'une « avance en espèce » au sens de l'article L. 144-2 du Code du travail (L. 3251-3 recod.). Cette avance ne pourra être compensée qu'à hauteur d'un « dixième du montant des salaires exigibles » (art. L. 144-2, L. 3251-3 recod. *préc.*). Ces salaires exigibles ne sont plus que de 1 500 euros. La retenue maximale au 30 septembre sera de 150 euros.

Au 30 septembre, M. Large devait donc payer 1 500-150 = 1 350 euros. M. Large pourra continuer, les mois suivants, à retenir un dixième du salaire de M. Paul. Cela lui permettra de retenir 300 euros par mois.

Black plaque (279,1)

chapitre 14

Le temps de travail

Black plaque (280,1)

Plan analytique

section 1

Limitation de la durée de travail

§ 1 Durées maximales

§ 2 Temps de repos minimal

§ 3 Spécificité du travail de nuit

section 2

Les heures supplémentaires

§ 1 Régime juridique

§ 2 Annualisation du temps de travail

§ 3 Conventions de forfait

§ 4 Les cadres dirigeants

section 3

Horaire collectif et horaires individualisés

section 4

Notion de temps de travail effectif

section 5

L'astreinte

section 6

Preuve

14

Le temps de travail

311 Il est une différence fondamentale entre salariat et servitude. La servitude est un caractère attribué à la personne. Tel qui est serf, est inférieur à son seigneur dans toute son existence. Rien de tel dans le contrat de travail. Le salarié n'y vend pas sa personne dans sa globalité. Il consent à se soumettre aux ordres de l'employeur, dans certaines limites. Et notamment dans certaines limites de temps. Ce n'est que pendant ce temps de travail, que le salarié est subordonné à l'employeur. En dehors de ce temps, pendant son temps libre, le salarié jouit de la pleine égalité juridique que lui accorde le droit. Il redevient un citoyen égal en droit à son employeur. Il ne lui est plus soumis. Et cette égalité retrouvée est sans doute aussi une question de dignité.

La question du temps de travail est profondément marquée par cette problématique. Il n'a jamais été question, au sens strict, de limiter le « temps de travail ». Le travail n'est pas limité dans le temps. Un travailleur indépendant peut fort bien décider de travailler 15 heures par jours. Personne ne viendra sanctionner un écrivain qui vient de décider de passer 90 heures par semaine à l'écriture. Et rien n'interdit à un salarié d'user de tout son temps libre à monter une activité professionnelle indépendante ou de travailler à construire sa maison, même si cela revient, pour lui, à travailler 90 heures par semaine.

Ce qui est limité n'est donc pas le temps de travail à proprement parler. Ce qui est limité, c'est le temps du travail subordonné, le temps de la subordination. *Ce ne sont pas les grands efforts qui sont interdits, mais les grandes soumissions.*

C'est alors que la limitation du temps de travail et l'accroissement du temps « libre », qui devrait être son corollaire, prennent tous leur sens.

La durée moyenne du travail réalisée par des salariés est encore globalement relativement basse en France. Mais les récents efforts du législateur devraient permettre son accroissement et même dans certains cas, son accroissement brutal.

312 L'évolution du droit en la matière est en effet chaotique, saccadée, mais rapide. Les réformes se sont accumulées de manière frénétique, le paroxysme ayant été atteint entre mai 2004 et août 2005, période qui a compté pas moins de neuf lois, accompagnées, comme il se droit, d'une pluie de décrets (loi du 4 mai 2004, ordonnance du 24 juin 2004, loi du 30 juin 2004, ordonnance du 12 novembre 2004, lois du 18 janvier 2005, du 11 février 2005, du 23 février 2005, du 31 mars 2005 et du 2 août 2005). L'année 2003 avait déjà connu trois lois sur la question (lois du 17 janvier 2003, du 1er août 2003 et du 21 août 2003). Depuis, on constate une certaine accalmie. Mais il est vrai que le déchainement passé a permis d'aveugler la plupart des observateurs et de faire passer des réformes de très grande envergure. Par la multiplication des exceptions, la plupart des grands principes applicables en la matière ont été largement détruits. Les frontières qui jusqu'ici tentaient d'endiguer le temps de travail et de préserver le temps libre ont été pour la plupart brisées. Et la durée possible du travail salarié a conquis quelques impressionnants sommets.

Black plaque (282,1)

Il est aujourd'hui possible, par exemple, si sont remplies les conditions du « forfait-jour » (sur lequel, v. n° 338), d'ordonner à un salarié de travailler 57 heures par semaine en moyenne sur l'année, voire même 66 heures dans certains cas, en lui versant un salaire calculé sur seulement 35 heures de travail : les 66 heures payées 35 ! Et, si l'on accepte de verser des compléments de rémunération, il est possible d'exiger 74 heures par semaine en moyenne sur l'année, voire même plus (sur ces possibilités v. n° 338). On est loin, très loin, des 35 heures par semaine.

Il faut en outre mentionner le développement des heures supplémentaires (v. n° 329 et s.), le temps d'astreinte (v. n° 352 et s.), des modifications unilatérales d'horaires, de répartitions du temps de travail (v. n° 335) et demain peut-être les périodes inactives du temps de garde (v. n° 357)... Le pouvoir juridique de l'employeur de se saisir du temps libre du salarié se généralise. Et les moyens de ce pouvoir sont aujourd'hui extrêmement développés (téléphones portables, GPS...). La subordination irradie hors du temps de travail. Cette évolution, porte en elle une possible atteinte continuelle au droit à la vie privée ou au droit à une vie familiale normale. C'est de moins en moins *du* temps de subordination qui est échangé par le salarié. C'est de plus en plus le salarié qui *est* subordonné à l'employeur, en permanence, en échange de son salaire. Bientôt, ce n'est plus que par la démission que le salarié pourra jouir de son rang d'être humain libre et égal en droits.

C'est ce genre de découverte que permet l'étude du droit du temps de travail.

■ 313 *Avertissement :* la matière est très largement construite sur l'énoncé de principes pouvant être détruits par convention ou accord collectif de branche étendus ou par convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Les conventions d'établissement sont des conventions d'entreprise particulières. Les conventions interprofessionnelles sont des conventions de branche particulières. Finalement, parmi les différentes sortes de conventions collectives, seules les conventions et accords collectifs de branche non étendus n'ont pas de pouvoir de destruction. Il faut de plus rappeler que les termes « accord collectif » et « convention collective » doivent être considérés comme synonymes eu égard à la parfaite identité du régime juridique de ces deux types d'actes (v. n° 52). Enfin, on notera que seules des conventions collectives de branche ou interprofessionnelles peuvent être étendues. Lorsque le Code vise : « Une convention ou un accord collectif de branche étendu ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement », il suffit donc de viser, sans rien perdre du contenu, une « convention étendue ou d'entreprise ». Cette dernière expression, plus légère, sera privilégiée systématiquement.

Le danger en la matière vient surtout des conventions d'entreprise. Les négociations au niveau d'une branche de conventions collectives susceptibles de faire l'objet d'un arrêté d'extension sont très encadrées et relativement équilibrées. Au niveau de l'entreprise, en revanche, tout est possible : il suffit souvent de fortes pressions faites sur les salariés, lesquelles seront inévitablement répercutées sur les représentants syndicaux de l'entreprise, pour obtenir de ces derniers des renoncements importants aux droits tirés du Code du travail.

Seront successivement traités la limitation du temps de travail (section 1), le régime des heures supplémentaires (section 2), le caractère individuel ou collectif de la répartition du temps de travail (section 3), la notion de temps de travail effectif (section 4), l'astreinte (section 5) et, finalement, la question de la preuve du temps travaillé (section 6).

Black plaque (283,1)

section 1

Limitation de la durée du travail

La fixation de durée maximale du travail a été l'un des premiers objectifs du droit du travail. Les lois de 1900, 1902, et 1904 ont réduit le temps de travail quotidien respectivement à 11 heures, à 10 heures 30 puis à 10 heures par jour. La convention internationale n° 1 de l'OIT, de 1919, (la toute première !) est même allée jusqu'à préconiser dans l'industrie une réduction de cette durée quotidienne à 8 heures par jour en principe et à 9 heures par jour si une convention collective en convient. À l'époque, la France ne l'a ratifiée qu'à la condition que l'Allemagne et l'Italie la ratifient aussi. Cette condition n'ayant jamais été remplie, la Convention internationale de l'OIT n° 1 n'est toujours pas applicable en France. On verra que le temps est aujourd'hui venu de regretter la protection qu'une telle ratification aurait pu apporter aux salariés français. 314

Les durées maximales actuellement applicables en France (§ 1) sont complétées par des temps de repos minimaux (§ 2). Quelques maxima spécifiques s'appliquent en outre aux salariés qui travaillent de nuit (§ 3).

§ 1 Durées maximales

L'article L. 212-1 du Code du travail (L. 3121-34 recod.) prévoit que la durée maximale de travail par jour est de 10 heures. Cette durée peut être portée à 12 heures, par convention étendue ou d'entreprise (D. 212-16 C. trav.). Même en l'absence d'une telle convention, en cas de « coup de chauffe », c'est-à-dire en termes plus juridiques en cas de « surcroît temporaire d'activité », l'inspecteur du travail peut accorder une possibilité de travailler jusqu'à 13 heures par jour (D. 212-12 et D. 212-13 C. trav.). En cas de demande en ce sens, il a 15 jours pour répondre. En cas d'urgence, l'employeur peut au demeurant commencer par faire travailler les salariés 13 heures par jour, puis demander à l'inspecteur du travail de régulariser. 315

L'article L. 212-7 du Code du travail (L. 3121-35 recod.) prévoit une limite maximale de 48 heures par semaine. Mais un pareil rythme ne doit pas devenir une habitude : le maximum en moyenne sur une durée de 12 semaines est fixé à 44 heures par le même article (L. 3121-36 recod.). Là encore des exceptions sont prévues. Par simple arrêté ministériel des secteurs d'activité entiers peuvent passer, sur toute la France, aux 50 heures par semaine en moyenne sur un nombre de semaines quelconque, voire même sur toute l'année (art. R. 212-3 et s., Décr. du 14 mars 2005). Une autorisation de passer aux 50 heures peut aussi être accordée par le directeur départemental du travail entreprise par entreprise. L'article L. 212-7 alinéa 3 (L. 3121-36 recod.) ne limite ces dérogations que d'un mot : elles doivent rester « exceptionnelles ». 316

Pour aller jusqu'à 60 heures par semaine, la décision de la Direction départementale du travail sera beaucoup plus difficile à motiver. Cette fois, il lui faudra montrer l'existence d'une « circonstance exceptionnelle entraînant temporairement un 317

Black plaque (284,1)

surcroît extraordinaire de travail » (art. R. 212-9 C. trav., Décr. du 14 mars 2005). Bien sûr, on pourra toujours dire que l'exceptionnel est temporaire et que, par définition, il sort aussi de l'ordinaire, qu'il est en ce sens extraordinaire... En guise de restriction le décret semble se contenter de dire : pour légitimer un passage à 60 heures il en faudra tout de même un peu plus que pour légitimer un passage à 50 heures. On s'en serait douté. Ces exceptions aux champs d'application bien peu restrictifs montrent à quel point les durées maximales de 44 heures sur 12 semaines et de 48 heures sur 1 semaine, sont aujourd'hui devenues fragiles. Et il ne faut guère attendre, sur ces questions, de secours venus d'Europe.

■ 318 La directive du 4 novembre 2003 prévoit bien une durée maximale du travail de 48 heures par semaine en moyenne (article 6 b), mais l'article 22 de la directive permet aux droits nationaux de prévoir que les salariés peuvent renoncer individuellement à cette protection. Malgré une timide tentative de la part du Parlement européen en ce sens, ce droit de renonciation (d'« *opt out* ») individuel ne semble pas en passe d'être substantiellement réduit (v. la proposition amendée de la Commission du 31 mai 2005, COM (2005) 246 final, actuellement bloquée notamment du fait des divergences existantes sur cette question). Le droit européen ne permet donc qu'une seule amélioration par rapport au droit français : les salariés ont le droit de refuser le dépassement durable des 48 heures par semaine. L'exercice de ce droit supposant bien entendu qu'ils soient suffisamment en position de force dans leur entreprise pour se permettre de s'opposer frontalement à leur employeur.

Dans ces conditions, on se demande si les seules limites à un accroissement massif de la durée du travail ne doivent pas être recherchées dans les temps de repos minimaux que prévoit, par ailleurs, la loi française, inspirée en la matière du droit européen.

§ 2 Temps de repos minimal

■ 319 L'espoir d'une limitation efficace du temps de travail par le temps de repos est vite déçu.

■ 320 L'article L. 220-1 du Code du travail (L. 3131-1 recod.) et l'article 3 de la directive de 4 novembre 2003 prévoient un temps de repos quotidien minimal de 11 heures par jour. Mais l'article 17 de la directive a prévu à la règle des dizaines d'exceptions possibles. Ce qui n'a pas échappé aux autorités françaises. La durée quotidienne minimale de repos peut être réduite à 9 heures par jour (D. 220-3 C. trav.) par convention étendue ou d'entreprise et ce pour toutes sortes de raisons (art. D. 220-1 et 2 C. trav.) : surcroît temporaire d'activité, activités caractérisées par l'éloignement entre le domicile et le lieu de travail du salarié ou par l'éloignement entre différents lieux de travail du salarié, de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes ; pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production ; pour les activités de manutention ou d'exploitation qui concourent à l'exécution des prestations de transport ; pour les activités qui s'exercent par périodes de travail fractionnées dans la journée, etc. En définitive, lorsque cela s'avère utile pour l'entreprise, il est le plus souvent possible de prévoir, par convention collective, des journées de travail ayant une amplitude de 15 heures par jours !

Black plaque (285,1)

321 L'article L. 220-2 (L. 3121-33 recod.) du Code du travail prévoit qu'une pause de 20 minutes doit être accordée aux salariés toutes les 6 heures. Cette limite semble, jusqu'ici, assez solide. Il est vrai que, sur une journée de travail de 12 heures, accorder au salarié 20 minutes pour se nourrir et satisfaire ses besoins naturels ne semble pas excessif.

322 L'article L. 221-4 du Code du travail (L. 3132-2 recod.) et l'article 5 de la directive du 4 novembre 2003 prévoient encore un temps de repos de 24 heures tous les 7 jours. Ce droit au repos hebdomadaire, qui en droit français doit être accordé en principe le dimanche, s'additionne avec le droit au repos de 11 heures consécutives de l'article L. 220-1 (L. 3131-1 recod.) pour former un droit au repos de 35 heures par semaines. En droit européen on retrouve ici la longue liste d'exceptions de l'article 17 de la directive. Mais pour l'heure, la règle du repos hebdomadaire demeure encore impérative en droit français.

En revanche, le principe selon lequel ce repos est pris le dimanche subit des pages et des pages d'exceptions (art. L. 221-1 et s.C. trav. ; L. 3132-4 recod. et s. ; et R. 221-1 et s. C. trav.). L'amateur de pittoresque pourra, par exemple, lire les pages dans lesquelles sont listées les activités pour lesquelles le repos hebdomadaire peut être donné par roulement (art. R. 221-4 et R. 221-4-1). Le Code civil mentionne encore « les pigeons des colombiers ; les lapins des garennes ; les ruches à miel » (art. 524). Le Code du travail s'enorgueillit ici de compter encore des « moulins à vent » et du « blanchiment de la paille (*des*) fabriques de paille pour chapeaux » (R. 221-4 C. trav.), bien placés en vis-à-vis de l'« infogérance » et de la « télématique » (R. 221-4-1 C. trav.). On y découvrira en outre l'utile régime juridique spécifique applicable aux activités de « confection et réparation des voiles de navires armés pour la grande pêche » (R. 221-9 C. trav.), lequel démontre que notre droit a su anticiper les prochaines et brutales crises pétrolières...

On peut toutefois espérer que certaines des plus pittoresques de ces exceptions disparaîtront avec la recodification de la partie réglementaire du Code du travail.

323 Le temps de repos annuel minimum porte le nom de « congés payés ». Ces congés, créés en 1936, sont réglementés aux articles L. 223-1 et suivants du Code (L. 3141-1 et s. recod.). Le droit à congé est acquis d'une année (la période de référence) sur l'autre (la période de prise des congés). Le droit à congé est réduit en cas d'absence au cours de la période de référence, il est accru si le salarié prend ses congés de manière fractionnée. En principe, il est de 2,5 jours ouvrables par mois travaillé, sans que la durée totale du congé exigible puisse excéder 30 jours ouvrables, soit 5 semaines de congés (art. L. 223-2 C. trav. ; L. 3141-3 recod.). Ces congés sont payés en suivant le principe selon lequel le départ en congé du salarié ne doit être l'occasion d'aucune diminution de son salaire.

324 Il est toutefois notable que la cinquième semaine de congés payés (*i.e.* la part de congés excédant la durée de 24 jours ouvrables) peut être placée sur un compte épargne temps depuis la loi du 31 mars 2005 (art. L. 227-1 C. trav. ; L. 3152-1, 1, a) recod.). Ce qui en clair signifie que le salarié ne bénéficiera pas dans l'immédiat de sa cinquième semaine de congés : il la conservera pour plus tard... En présence d'une convention collective en ce sens, il pourra même la conserver soigneusement jusqu'au jour où il prendra sa retraite (en espérant que l'entreprise reste solvable). Bien qu'en droit le choix d'épargner ses congés appartienne au salarié, la situation de

Black plaque (286,1)

faiblesse de ce dernier permettra souvent, en pratique, de créer une sorte d'épargne forcée du salarié au profit de l'entreprise.

■ 325 Il existe toutes sortes d'autres congés, payés ou non, liés à des événements ponctuels ou accidentels : congé maternité, congé parental, congé pour événements familiaux, mais aussi congés sabbatique, pour création d'entreprise, de formation, etc. Le nombre des congés exigibles par le salarié est en constante augmentation. Il a y là, peut-être, une des limites juridiques les plus solides (pour l'instant) face à l'essor des facultés accordées à l'employeur d'accroître son emprise sur le temps des salariés.

§ 3 Spécificité du travail de nuit

■ 326 De nombreuses études ont démontré que le travail de nuit produit un important surcroît de fatigue et qu'il présente un certain nombre de risques, à moyen terme, sur la santé des salariés qui y sont soumis. Ces raisons ont conduit à sa réglementation. Longtemps cette réglementation avait pour objet exclusif de protéger les femmes et les enfants, pour lesquels le travail de nuit était en principe interdit. Le travail de nuit des hommes ne faisait en revanche pas l'objet de restriction, si ce n'est de détail.

Cette différence faite entre femme et homme était une disposition sexiste, qui a été condamnée comme telle par le droit européen (v. n° 63, 65 et 169). La suppression du régime protecteur destiné exclusivement aux femmes a été l'occasion de créer un régime de protection moins strict, mais applicable aux hommes comme aux femmes (loi du 9 mai 2001). Pour les mineurs de moins de 18 ans, le travail de nuit est toujours en principe prohibé (art. L. 213-7 et L. 213-8. C. trav. ; L. 3163-2 et L. 3163-3 recod.).

■ 327 Le travail de nuit s'entend du travail effectué entre 21 heures et 6 heures (art. L. 213-1-1 C. trav. ; L. 3122-29 recod.). Cette période de 9 heures consécutives peut cependant être décalée, dans un sens ou dans l'autre, par convention collective étendue ou d'entreprise, ou par décision de l'inspecteur du travail. Seule la période entre 24 heures et 5 heures reste nécessairement considérée comme un travail de nuit (art. L. 213-1-1 C. trav. ; L. 3122-29 recod.).

Est un travailleur de nuit celui dont le travail quotidien habituel contient au moins trois heures de nuit, deux fois par semaine (art. L. 213-2 1°C. trav. ; L. 3122-31, 1°recod.). Sauf convention étendue ou d'entreprise contraire, est en outre un travailleur de nuit celui qui exécute plus de 270 heures de travail de nuit par an (art. R. 213-1 C. trav.). Ainsi, pour peu qu'il soit en dessous de cette limite annuelle, un salarié à temps partiel qui travaille de 2h à 4h, 5 jours par semaine n'est pas un travailleur de nuit, pas plus qu'un salarié qui travaille de 22h à 8h, mais seulement dans la nuit du jeudi au vendredi.

La mise en place ou l'extension du travail de nuit doit être motivée et faire l'objet d'une convention collective étendue ou d'entreprise (art. L. 213-1 C. trav. ; L. 3122-33, recod.) ou, à défaut, d'une autorisation de l'inspecteur du travail, lequel devra vérifier que l'employeur a préalablement essayé de conclure une convention collective, qu'il a, dit le texte, engagé « sérieusement et loyalement » des négociations (art. L. 213-4 al. 4 ; L. 3122-36 recod.). Cette notion de négociation « loyale et sérieuse », issue de la loi de 2001, pourrait être à l'origine d'une jurisprudence intéressante, généralisable à l'ensemble des cas de négociation obligatoire.

Black plaque (287,1)

328 Selon l'article L. 213-3 du Code du travail (L. 3122-34 recod.) le temps de travail d'un travailleur de nuit est limité, en principe, à 8 heures quotidiennes. Sur 12 semaines consécutives, il ne saurait dépasser, toujours en principe, les 40 heures par semaine (L. 213-3 C. trav. ; L. 3122-35 recod.). Limite qui peut être portée à 44 heures par décret ou par convention collective étendue ou d'entreprise. L'article L. 213-4 du Code du travail (L. 3122-39 recod.) exige que le travailleur de nuit reçoive une « contrepartie » du fait de ses horaires de nuit, sous forme de repos compensateur et, éventuellement, sous forme de salaire. Le texte ne prévoit pas contrepartie minimale, mais une contrepartie dérisoire sera assimilée par les juges à une absence de contrepartie.

Les travailleurs de nuits bénéficient en outre d'une surveillance médicale particulière, eu égard aux dangers pour la santé que ce type de travail provoque (art. R. 213-6 et s.).

section 2

Les heures supplémentaires

329 Les 35 heures par semaine, si débattues, si médiatiques, ne sont en rien une durée maximale du travail. Il s'agit de la « durée légale du travail », prévue à l'article L. 212-1 du Code du travail (L. 3121-10 recod.). Cette durée légale n'a qu'une seule signification juridique : elle sert à la définition des heures supplémentaires. Toute heure réalisée au-delà de la durée légale du travail est une heure « supplémentaire ». Traiter de la portée des 35 heures, c'est parler du régime juridique des heures supplémentaires.

La réglementation des heures supplémentaires a été revue à la baisse à plusieurs reprises. La durée légale est toujours fixée à 35 heures par semaine. Mais la portée de cette règle a été à ce point amoindrie, que, globalement la législation actuelle apparaît aujourd'hui bien moins protectrice qu'elle ne l'était du temps des 39 heures, avant la loi Aubry du 19 janvier 2000.

Il est important de bien garder à l'esprit que les heures supplémentaires sont d'abord, en l'état actuel de la jurisprudence, un pouvoir qu'a l'employeur de préempter une partie du temps libre du salarié. Depuis 1961, la Cour de cassation affirme en effet que les heures supplémentaires peuvent être imposées unilatéralement par l'employeur (Soc. 20 mars 1961, *Dr. soc*. 1961. 424 ; Soc. 9 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 103 ; *Dr. soc.* 1999. 630, obs. P.-H. Antonmattéi). L'employeur peut aussi supprimer unilatéralement des heures supplémentaires précédemment imposées (Soc. 10 mars 1998, *Bull. civ*. V, n° 124).

Ce pouvoir unilatéral est limité. Il ne s'exerce, bien entendu, qu'à condition du respect de la réglementation des heures supplémentaires, ce qui suppose notamment le respect des règles sur le contingent annuel d'heures supplémentaires (v. n° 330). De plus, la Cour affirme qu'au-delà d'un certain nombre d'heures, dès lors que celles-ci deviennent systématiques, l'exigence de l'employeur s'analyse en une offre de modifier le contrat, offre que les salariés peuvent refuser (Soc. 16 mai 1991, *Dr. soc.* 1994. 863).

Black plaque (288,1)

Même ainsi limité, le pouvoir unilatéral de l'employeur de préempter une partie du temps libre du salarié est fort discutable (v. n°s 311 et 312).

L'exercice de ce pouvoir et l'accroissement du temps de travail qui en résulte sont aujourd'hui fortement encouragés par le législateur, lequel a prévu que les heures supplémentaires seraient exonérées de charges sociales et fiscales (loi n° 2007-1223 du 21 août 2007). Cette exonération rend les heures supplémentaires moins chères pour un employeur que les heures normales et ce malgré les majorations de salaires dues (sur ces majorations, v. n° 331 et s). Il est à noter que l'exonération touche non seulement les heures supplémentaires *stricto sensu*, mais aussi leur cousines plus ou moins éloignées (heures choisies, heures complémentaires... : v. loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, art. 1er).

Le régime juridique des heures supplémentaires (§ 1) peut être en partie contourné, notamment par l'annualisation du temps de travail (§ 2) ou par la stipulation de conventions de forfait (§ 3).

§ 1 Régime juridique

330 En principe, la durée légale du travail est une durée de 35 heures *par semaine*. Le calcul du nombre d'heures supplémentaires effectuées est donc hebdomadaire.

Le nombre d'heures supplémentaires pouvant être demandées au salarié est limité par les durées maximales du travail sus-décrites.

En principe, l'employeur ne peut demander à ses salariés d'effectuer plus de 220 heures supplémentaires par an (art. D. 212-25 C. trav.). Ce qui permet, sur 47 semaines travaillées, d'ordonner 4 heures et 40 minutes supplémentaires par semaine en moyenne, soit une durée moyenne de 39 heures et 40 minutes. Bien entendu, l'employeur n'est pas tenu d'utiliser son contingent régulièrement d'une semaine sur l'autre, ni d'un mois sur l'autre. Les heures supplémentaires sont un volant de flexibilité du temps de travail à sa disposition. L'utilisation du contingent annuel n'étant soumise qu'à une obligation d'information de l'inspecteur du travail.

Cette marge de flexibilité qu'assure le contingent annuel d'heures supplémentaires peut être augmentée par convention étendue ou d'entreprise et ce sans qu'aucune limite supérieure n'ait été fixée (art. L. 212-6 al. 2 C. trav. ; L. 3121-12, recod.). Rien n'interdit, par exemple, de fixer ainsi un contingent annuel d'heures supplémentaires de 423 heures, lequel permettrait de faire travailler les salariés 44 heures par semaine en moyenne sur les 47 semaines travaillées de l'année.

Le contingent annuel d'heures supplémentaires peut, de plus, être dépassé sur autorisation de l'inspecteur du travail, après avis des représentants du personnel (art. L. 212-7 al. 1er ; L. 3121-19 recod.).

Une convention collective étendue ou d'entreprise peut encore prévoir qu'au-delà du contingent annuel les salariés peuvent exécuter des « heures choisies » (art. L. 212-6-1 C. trav. ; L. 3121-17 recod.). Ces heures « choisies » dont le nombre n'est limité que par les durées maximales du travail, doivent être rémunérées au minimum comme des heures supplémentaires, mais elles peuvent ne pas donner lieu à un repos compensateur, si la convention le décide. Ces heures choisies doivent être expressément acceptées par le salarié, le texte va même, en toute innocence, jusqu'à exiger qu'elles émanent d'un souhait du salarié. En pratique, la domination économique étant ce qu'elle est, un tel « souhait » pourra souvent être imposé au salarié. L'existence d'un droit au refus n'en demeure pas moins préférable au pouvoir juridique

Black plaque (289,1)

qui s'exprime dans le commandement de faire des heures supplémentaires. Ici la domination économique est nue, et le droit tente de la contenir. Là elle est, au contraire, soutenue par la force du droit.

331 Les heures supplémentaires doivent être rémunérées davantage que les heures « normales ». Le supplément de rémunération dû va de 10 à 50 % du montant du salaire au minimum, selon le nombre d'heures effectuées dans la semaine et selon la taille de l'entreprise. Les dérogations dont bénéficiaient les entreprises de moins de 20 salariés (art. 4, I et III, loi 31 mars 2005) ont été abrogée par la loi du 21 août 2007. Les suppléments dus sont calculés selon le tableau ci-dessous :

Heures par semaine\	(L. 212-5, I C. trav. ; L. 3121-22 recod.)
44e heure et s.	50 %
De la 36e à la 43e h.	25 %

Une convention étendue ou d'entreprise peut réduire ce supplément de rémunération à 10 %, dans tous les cas (art. L. 212-5, I C. trav. ; L. 3121-22 al. 2 recod.).

332 Certaines heures supplémentaires peuvent, en outre, donner lieu à un repos compensateur, lequel est un temps de repos, de congé, rémunéré par l'employeur. Ce temps est réglementé par l'article L. 212-5-1 du Code du travail (L. 3121-26 et s. recod.). Il est pris par journée ou par demi-journées complètes au choix du salarié. Il doit, en principe, être pris dans les deux mois qui suivent le moment où il a été acquis. Il peut être pris dans les six mois, si une convention collective étendue ou d'entreprise l'autorise. Si le salarié ne le réclame pas, l'employeur doit demander au salarié de le prendre, dans l'année. La durée de repos compensateur dû va de 0 à 100 % de l'heure supplémentaire travaillée, selon les cas décrits dans les tableaux suivants (sur ces différents cas, v. l'art. L. 212-5-1, *préc.* ; L. 3121-26 et L. 3121-27 recod.). Les dérogations applicables aux entreprises de 20 salariés et moins ont été maintenues.

Heures supplémentaires incluses dans le contingent annuel

Heures par semaine\	Entreprises de 20 salariés au plus	Entreprises de plus de 20 salariés
42e heure et s.	0 %	50 %
De la 36e à 41e heure	0 %	

Au-delà du contingent annuel

Heures par semaine\	Entreprises de 20 salariés au plus	Entreprises de plus de 20 salariés
Dès la 36e heure	50 %	100 %

333 Il est important de noter que la rémunération des heures supplémentaires peut être partiellement ou totalement remplacée par du repos compensateur. Cette possibilité est ouverte par l'article L. 212-5, II du Code du travail (L. 3121-24 recod.). Une convention collective étendue ou d'entreprise est en principe nécessaire. En l'absence

Black plaque (290,1)

de délégué syndical, cette convention peut être remplacée par un acte de l'employeur auquel le comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ne se seront pas opposés.

Le paiement des heures supplémentaires en repos peut alors permettre de faire varier d'une semaine sur l'autre la durée du travail. Une semaine, par exemple, les salariés travailleront 4 heures supplémentaires, soit 39 heures. Ces heures ne donneront lieu à aucune rémunération, simplement, une autre semaine, les salariés compenseront ces heures par du repos compensateur. Si l'on suppose que les heures supplémentaires auraient dû être payées au taux majoré de 25 % (ce qui est le principe), la semaine où est pris le repos compensateur les salariés travailleront 4 h + 25 %, soit 5 heures de moins. Au lieu de travailler 35 heures, ils travailleront donc 30 heures sans réduction de salaire.

Cette solution peut être intéressante pour une entreprise où la quantité de travail est moins importante à certaines périodes de l'année qu'à d'autres périodes. Cette possibilité de payer en repos les heures supplémentaires, leurs majorations et bonifications, est au demeurant assez souple, puisque la convention ou l'acte dépourvu d'opposition qui la prévoit peuvent « aménager » très librement l'organisation du repos compensateur (rien n'interdit, par exemple, de l'organiser sous la forme de congés payés supplémentaires...).

De plus, cette flexibilité peut prendre une très grande ampleur, puisqu'elle n'est pas limitée par la règle du contingent annuel : le législateur a en effet prévu que les heures supplémentaires rémunérées exclusivement en repos compensateur ne s'imputaient pas sur le contingent annuel (art. L. 212-5, II, al. 4 C. trav. ; L. 3121-25 recod.).

Ce système, cependant, ne supprime pas les majorations dues pour les heures supplémentaires. Il les convertit en repos. D'autres systèmes permettent d'aller plus loin, c'est-à-dire de faire travailler les salariés plus de 35 heures certaines semaines et moins d'autres semaines, sans que jamais aucune heure ne soit qualifiée d'heure supplémentaire et donc sans aucune majoration. C'est ce que permet l'annualisation du temps de travail.

§ 2 Annualisation du temps de travail

■ 334 Pour que les horaires varient d'une semaine sur l'autre, tantôt au-dessus des 35 heures, tantôt en dessous, sans qu'aucune majoration ou bonification ne soit due au titre des heures supplémentaires, ni sans qu'aucun complément de salaire ne soit dû au titre du chômage partiel, une solution s'impose : l'annualisation.

L'idée est simple, plutôt que de compter les horaires à la petite semaine, il s'agit de prendre comme période de référence l'année. Seront alors dites « heures supplémentaires » les heures dépassant 35 heures *en moyenne sur l'année*. Le législateur a fait le calcul « à la louche » : 35 heures multipliées par 47 semaines (52 moins 5 semaines de congés payés) font 1 645. Enlevez une poignée de jours fériés, recherchez à faire un compte rond, et vous aurez 1 600 heures (loi du 19 janvier 2000). Rajoutez un bon gros jour férié de « solidarité » (loi du 30 juin 2004) et vous arrivez au total actuellement applicable : 1 607 heures (art. L. 212-8 al. 4 C. trav. ; L. 3122-10, II, 2 recod.). Les heures supplémentaires pourront alors être définies comme les heures travaillées au-delà de ces 1 607 heures. Ce qui ouvre de très importantes possibilités de variations d'une semaine à l'autre, d'un mois à l'autre, d'une saison à l'autre.

Black plaque (291,1)

Pour bénéficier de cette souplesse (ou pour la subir selon le point de vue d'où l'on se place), une convention collective étendue ou d'entreprise motivée est nécessaire.

Moyennant quoi, la variation d'une semaine à l'autre n'a pas de limites, si ce n'est celles, peu contraignantes, des durées maximales du travail. Certaines semaines pourront ne pas être travaillées du tout, et d'autres semaines connaître des journées de 10 heures de travail (art. L. 212-1 alinéa 2 ; L. 3121-34 recod.) et des totaux de 48 heures ou de 44 heures en moyenne sur 12 semaines, ou encore de 46 heures en moyenne sur 12 semaines en présence d'un décret en ce sens (art. L. 212-7 al. 2 C. trav. ; L. 3121-36 recod.). En revanche, il n'est pas certains que les multiples dérogations existantes à ces maxima (v. n°s 315 à 317) soient applicables. Le texte de l'alinéa 2 de l'article L. 212-8 précise que les accords d'annualisation « doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires définies par les deuxièmes alinéas des articles L. 212-1 et L. 212-7 » et l'article L. 3122-9 de la recodification. renvoie aux « durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail définies au chapitre Ier ». Ces textes ne prévoient pas que ces accords doivent respecter ces durées, seulement dans la mesure où elles n'ont pas subi d'exceptions. Si l'on s'en tient à une lecture simple de ces textes, les maxima sus-décrits ne devraient pas connaître d'exceptions.

335 Le principal danger des accords d'annualisation tient dans l'accroissement considérable du pouvoir de l'employeur qui les accompagne. Il n'est requis que de prévoir un « programme indicatif » de la répartition de la durée du travail sur l'année (art. L. 212-8 al. 5 C. trav. ; L. 3122-11 recod.). Et ce programme indicatif peut être modifié unilatéralement par l'employeur. Il n'a, pour ce faire, qu'à respecter un délai de prévenance de 7 jours (art. L. 212-8 al. 7 C. trav. ; L. 3122-14 recod.). Et encore, ce même alinéa prévoit que la convention collective d'annualisation peut réduire ce délai, si des « caractéristiques particuliers de l'activité » le justifient et s'il prévoit une contrepartie à cette réduction. Aucun délai minimal n'est fixé par la loi. Serait-il possible, avec de bonnes justifications ou avec des justifications que le juge considérerait comme bonnes de prévoir un délai de prévenance d'une journée ? d'une heure ? Sans aller jusqu'à de tels extrêmes, la stipulation d'un délai de 2 ou 3 jours semble tout à fait envisageable, si elle est bien motivée. Dans ces conditions, si le programme indicatif prévoit que les mois de mars et avril seront chômés, les salariés devront bien comprendre qu'ils sont priés, pendant ces mois de temps « libre » de se tenir à disposition de l'employeur. La non-réponse à une convocation d'urgence, pour les prochains jours, serait en effet, juridiquement assimilée à un abandon de poste, lequel peut être une faute suffisamment sérieuse pour justifier un licenciement.

§ 3 Conventions de forfait

336 Une autre méthode pour parvenir à ne pas payer les heures supplémentaires peut être de conclure une convention de forfait.

Ces conventions, plutôt que de permettre le non-paiement des heures supplémentaires, ont été conçues pour simplifier la gestion de ces heures. Il est parfaitement possible, en effet, de stipuler au contrat de travail que la rémunération mensuelle du salarié comprend la réalisation d'un nombre précis d'heures supplémentaires. Une telle stipulation n'a jamais posé problème, dès lors que la rémunération convenue est

Black plaque (292,1)

suffisamment élevée pour dépasser le montant de la rémunération minimum augmentée des majorations dues pour les heures supplémentaires stipulées au contrat. L'éventuelle réalisation d'heures supplémentaires en plus de celles prévues au contrat suit alors le régime normal des heures supplémentaires.

De telles conventions de forfaits, pourvu qu'elles respectent la réglementation légale des heures supplémentaire, relèvent de la liberté contractuelle. Elles peuvent prévoir un nombre d'heures incluses dans la rémunération de base, par semaine ou par mois.

■ 337 Les conventions de forfait sur l'année, porteuses de plus de dangers, ont été réservées aux cadres et aux « salariés itinérants non cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée ou qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps » (art. L. 212-15-3, I et II C. trav. ; L. 3121-51 al. 1er recod.). Elles sont conditionnées par l'existence d'une convention collective étendue ou d'entreprise (art. L. 212-15-3, I, *in fine*, C. trav. ; L. 3121-40 recod.).

Elles sont au demeurant d'autant plus dangereuses que le législateur a jugé bon d'accroître les risques qu'elles pouvaient occasionner : l'article L. 212-15-3 II (L. 3121-43 recod.) prévoit en effet que la convention collective qui autorise ces conventions de forfait sur l'année peut aussi déroger aux durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail. Si la convention le dit, seuls les temps de repos minimum des articles L. 220-1, L. 221-2 et L. 221-4 demeurent applicables (art. L. 3131-1 ; L. 3121-33 ; L. 3132-2 recod. ; sur ces temps, v. *supra*). Les heures de travail peuvent alors devenir bien nombreuses.

La législation sur les heures supplémentaires demeure cependant encore applicable, le nombre d'heure total ne peut pas dépasser le contingent annuel d'heures supplémentaires, soit 220 heures supplémentaires par an (art. D. 212-25 C. trav.). Pareille barrière est certes bien fragile, la convention étendue ou d'entreprise pouvant à volonté augmenter ce chiffre (art. L. 212-6 al. 2 C. trav. ; L. 3121-12 recod.). Mais il reste que les heures devront être comptées et que la rémunération accordée devra respecter les minima applicables, augmentés du nombre d'heures supplémentaires réalisées et dûment bonifiées. Et, si des heures dépassent la convention de forfait, elles devront être payées en plus. En bref, par conventions collectives, des rythmes de travail assez brutaux pourront être admis, mais la rémunération devra suivre.

■ 338 Cette obligation de compter les heures de travail réalisées a semblé décidément trop lourde pour le législateur. Dans sa bienveillance, celui-ci a inventé une technique, bien plus élaborée : le « forfait-jour ». Cette brillante technique, nous la devons à la loi Aubry du 19 janvier 2000. Elle a été étendue successivement, par petits pas discrets mais réguliers, par les lois du 17 janvier 2003, du 31 mars 2005 et 2 août 2005. Il s'agit sans doute de la modalité d'organisation du temps de travail existant aujourd'hui en droit français qui présente le plus de dangers.

Cette technique, décrite à l'article L. 212-15-3, III du Code du travail (L. 3121-45 et s. recod.), permet, avec l'aide d'une convention collective, de ne plus compter les heures. Le temps plein n'est plus compté en heures, mais en jours : il est supposé valoir 218 jours dans l'année. Moyennant quoi, les obligations de décompte des heures, ainsi que les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires ne sont plus applicables. Il reste à regarder les bribes de législation toujours applicables et à faire les calculs.

Black plaque (293,1)

Le temps de repos minimum de 11 heures par jour, prévu par l'article L. 220-1 C. trav. reste applicable. Le temps de repos de 20 minutes toutes les 6 heures de l'article L. 220-2 (L. 3121-33 recod.) est lui aussi applicable (bien qu'il ne soit pas expressément visé par l'art. L. 212-15-3 C. trav., L. 3121-48 recod., interprétation dictée par la directive 2003/88/CE). Pour travailler plus de 12 heures, il faut donc deux pauses. Il faut encore rappeler que les articles L. 221-2 et L. 221-4 (L. 3132-1 et L. 3132-2 recod.), qui restent applicables, prévoient un repos hebdomadaire obligatoire de 35 heures par semaine.

Cela nous fait des maxima de 12 heures et 20 minutes de travail par jour. Mieux, sous certaines conditions, qui sont loin d'être impossibles à réaliser, une convention étendue ou d'entreprise peut réduire à 9 heures le temps de repos quotidien minimal (art. D. 220-1 et -2 et -3 C. trav. analysé *supra*). Ce qui permet d'atteindre les 14 heures et 20 minutes par jour et des semaines de pointe à 92 heures. Sur 218 jours, on obtient un total dans l'année de plus 3124 heures, soit une moyenne de plus de 66 heures par semaine sur l'année. Et le tout, faut-il le rappeler, sans qu'aucune heure ne soit considérée comme une heure supplémentaire. Les 66 heures payées 35, record à battre...

Pour les courageux qui souhaitent travailler plus, l'article L. 212-15-3, III a prévu qu'un « supplément de rémunération » devra être versé (L. 3121-46 recod. vise une « majoration de son salaire »). Il n'est même pas prévu que ce supplément doive être au minimum égal au taux majoré des heures supplémentaires. Les employeurs qui sont prêts à accorder ce « supplément de rémunération » pourront obtenir 74 heures de travail par semaine en moyenne toute l'année ou même 92 heures s'ils entrent dans les hypothèses d'une réduction à 9 heures par jours du temps de repos minimal. Voilà qui ouvre des horizons qui n'ont plus rien à envier au système chinois et qui nous replongent au plus profond du XIXe siècle.

Fort heureusement, cependant, ce système n'est pas généralisable à tous les salariés. Depuis la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, si la convention collective en convient, ce régime pourra désormais être étendu « aux salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées » (art. 212-15-3, III, al. 3 C. trav. ; L. 3121-51 al. 2 recod.). Pour que tous les salariés ne tombent pas dans cette trappe, l'interprète devra se raccrocher de toutes ses forces à ces « responsabilités » et à cette durée qui « ne peut être prédéterminée ». Mais jusqu'à quand ces fragiles branches tiendront-elles ?

Si les possibilités qu'autorise le « forfait-jour » sont utilisées, il restera aux salariés à invoquer le droit à « la limitation raisonnable de la durée du travail » que prévoit l'article 7 d, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966. Une telle défense devrait, logiquement, permettre d'écarter les aspects les plus condamnables du forfait-jour. Au demeurant, la décision du Comité européen des droits sociaux du 11 décembre 2001 a reconnu que ce mécanisme était contraire à l'article 2 § 1er de la Charte sociale européenne révisée selon lequel « les parties s'engagent à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire ». Conforme à son habitude cependant, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a démontré qu'il était un organe politique avant tout et qu'il était comme tel incapable d'exercer une fonction juridictionnelle. Il s'est contenté de « prendre note », sans renier la décision du Comité européen, ni adopter une recommandation ordonnant une mise

Black plaque (294,1)

en conformité du droit français (résolution 2002.4 du 26 mars 2002, *RJS* 2002. 513). L'avis du Comité européen des droits sociaux demeure cependant comme un exemple à suivre. Le texte du Pacte international de 1966 est de contenu similaire à celui de la Charte européenne et il est d'application directe et supra-législative : il ne reste donc plus aux tribunaux internes qu'à en tirer les conséquences.

Les possibilités théoriquement ouvertes par le système du forfait-jour apparaissent délirantes. Le législateur a cependant imaginé pire. Mais il l'a réservé aux cadres les plus haut placés, les cadres dirigeants.

§ 4 Les cadres dirigeants

■ 340 Les cadres dirigeants sont définis par l'article L. 212-15-1 du Code du travail (L. 3111-2 recod.) comme des « cadres 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 largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement ». Selon l'interprétation que l'on peut faire de ce texte, la catégorie peut apparaître plus ou moins grande. Il faut cependant noter que la qualification de « cadre dirigeant » conduit à une importante exception au droit du temps de travail et que les exceptions sont d'interprétation stricte (*exceptio est strictissimae interpretationis*). Mieux, il s'agit d'une exception si extrême, si brutale (v. ci-dessous) qu'elle devrait être interprétée de manière très restrictive. Seule la frange extrême la plus élevée de la hiérarchie des très grandes entreprises peut alors être susceptible d'être touchée.

■ 341 Pour les cadres dirigeants le droit du temps de travail est vraiment très simple : plus rien ou presque, ne leur est applicable (art. L. 212-15-1 C. trav. ; L. 3111-2 recod.). Ils n'ont ni temps de travail maximal, ni temps de repos minimal quotidien ou hebdomadaire, ni jours fériés. Sont encore inapplicables, notamment, le droit des heures supplémentaires, les dispositions sur le travail de nuit ou sur le temps partiel, et même, pour faire bon poids l'âge minimal d'admission au travail (cette dernière exclusion, simple maladresse du législateur emporté par sa fougue, a été supprimée par la recodification) ! Ils ne conservent que le droit à quelques congés, comme les congés payés et le congé maternité. Il est donc légal de les faire travailler 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 et pendant quarante-sept semaines par an

La disparition de la législation du temps de travail est ici rendue possible par l'idée selon laquelle, à ce niveau hiérarchique, les salariés ne sont plus tout à fait des salariés. Et que, dès lors, leurs horaires peuvent être calqués sur ceux des dirigeants d'entreprise non salariés.

■ 342 La vision du cadre dirigeant dévoué corps et âme, 24 heures sur 24 à son entreprise, est ainsi entérinée le législateur. Cette conception n'est pas totalement dépourvue de sexisme. Dans un contexte où les femmes s'occupent le plus souvent des enfants, pareille vision juridique du cadre dirigeant conduit à interdire un peu plus encore l'accès des femmes aux fonctions supérieures.

Black plaque (295,1)

section 3

Horaire collectif et horaires individualisés

343 Les horaires de travail sont, en principe, collectifs. Ce qui signifie que les mêmes horaires doivent être appliqués à tout un établissement, à tout un atelier, ou, à tout le moins, à toute une équipe. Ces horaires doivent être affichés et communiqués à l'inspecteur du travail (art. L. 620-2 ; L. 3171-2 recod. et R. 620-2 C. trav.).

Les horaires qui varient de salarié à salarié, autrement dit horaires individualisés, ne peuvent être mis en place qu'à la condition de ne pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part du Comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Il s'agit de l'une des très rares mesures où le Comité d'entreprise a un rôle qui n'est pas simplement consultatif et où il détient un véritable droit de veto (art. L. 212-4-1 C. trav. ; L. 3122-23, recod.). En l'absence de représentation du personnel, l'inspecteur du travail peut accorder l'autorisation à l'employeur de pratiquer des horaires individualisés, à la condition d'avoir préalablement recueilli l'accord du personnel en ce sens (art. 212-4-1 al. 2 C. trav. ; L. 3122-24 recod.). En pratique, les horaires individualisés supposent le plus souvent la mise en place d'un appareillage approprié et fiable pour comptabiliser les heures travaillées (une pointeuse, une badgeuse, etc.).

section 4

Notion de temps de travail effectif

344 Les différentes limitations de la durée du travail s'entendent en temps de travail effectif. De plus, le salaire est en principe calculé en fonction du temps de travail. Les enjeux d'une qualification de travail effectif sont donc cruciaux : une heure de travail effectif est rémunérée et comptée dans de la durée du travail ; une heure qui n'est pas un temps de travail effectif n'est ni rémunérée, ni imputée sur les durées maximales du temps de travail.

345 L'article L. 212-4* alinéa 1er du Code du travail (L. 3121-1 recod.) donne une définition : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ». L'idée est simple, au point que le texte semble se répéter trois fois. Le « est à la disposition de l'employeur » signifie que l'employeur peut disposer du salarié, en faire ce qu'il veut, qu'il peut, en d'autres termes lui donner des ordres. Ce qui revient encore à dire que le salarié « doit se conformer à ses directives ». Il suffit alors de constater qu'ainsi soumis le salarié ne peut pas « vaquer librement à des occupations personnelles » : il peut profiter d'un temps mort, ou d'une absence d'ordre donné pour « vaquer » rapidement à quelque occupation personnelle ; mais il ne peut certainement pas le faire « librement », alors qu'il est soumis et qu'il doit obéir à tout moment à l'employeur. Ainsi, la définition semble facile : le temps de travail effectif est le temps soumis, le temps subordonné. C'est bien ainsi que le conçoit la jurisprudence.

Black plaque (296,1)

■ 346 Ce temps à la disposition de l'employeur est un temps que l'employeur *peut* faire travailler, mais ce n'est pas nécessairement un temps travaillé. Par exemple, le temps du salarié qui doit rester à proximité immédiate de son lieu de travail pour pouvoir répondre à tout moment aux ordres de l'employeur, est bien considéré par les juges comme un temps de travail effectif. Cela vaut pour les salariés qui, placés en « salle de repos », n'attendent qu'un ordre de l'employeur pour travailler. Cela vaut aussi pour un salarié, installé par l'employeur dans un petit studio situé dans l'entreprise et auquel il était demandé d'y rester afin d'être capable d'intervenir à tout moment (Soc. 2 juin 2004*). Cette solution s'est retrouvée dans plusieurs arrêts dans lesquels les salariés bénéficiaient d'aménagements plus ou moins confortables, privatifs, situés dans l'entreprise (v. not. Soc. 2 avril 2003, *Dr. soc.* 2003. 62, obs. P. Waquet ; Soc. 31 janvier 2006, *RDT* 2006. 34, obs. M. Véricel). Dans toutes ces espèces, les salariés bénéficiaient au moins d'une chambre dans laquelle ils pouvaient dormir, temps de sommeil qui n'en était pas moins du temps de travail effectif dès lors qu'à tout moment le salarié pouvait être amené à intervenir immédiatement. On ne saurait mieux exprimer l'idée d'un temps de travail qui est un temps de subordination, qui peut ne pas être un temps actif, productif.

De même, si le temps de pause peut être interrompu à tout moment pour exécuter un travail, il ne s'agit pas d'un temps de pause, mais d'un temps de travail effectif, qui doit être rémunéré comme tel (Soc. 12 octobre 2004*). Il est en revanche toléré que l'employeur puisse, de manière tout à fait exceptionnelle, pour des raisons de sécurité notamment, interrompre la pause de ses salariés, sans pour autant que toutes les pauses deviennent, de ce fait, des temps de « travail effectif » (Soc. 1er avril 2003, *Bull. civ.* V, n° 129 ; *Dr. soc.* 2003. 651, obs. Ph. Waquet ; *Grands arrêts*, n° 59). En bref, la pause est un temps auquel, normalement, on n'est pas dérangé par l'employeur. Si le possible dérangement dépasse les hypothèses d'interventions « exceptionnelles demandées (...) en cas de nécessité », il s'agit d'un temps de travail effectif.

■ 347 Ainsi confirmée par la jurisprudence, l'assimilation de la notion de « temps de travail effectif » à la notion de « temps soumis », « subordonné », comprend encore quelques menues atténuations légales. La principale, cependant est devenue plus rare, depuis qu'elle s'est heurtée au droit européen.

Il s'agit des horaires d'équivalence, prévus à l'article L. 212-4 alinéa 5 du Code du travail (L. 3121-9 recod.). L'idée, qui date de 1936, consiste à dire que certains emplois comportent des périodes improductives, des périodes d'inaction. Il a été prévu qu'alors, le temps improductif, même subordonné, pouvait être soustrait de manière forfaitaire. Par exemple, le décret 2005-908 du 2 août 2005 prévoit que dans le secteur de l'animation, pour les salariés qui accompagnent un groupe et qui doivent être présents y compris la nuit, une journée de 13 heures de présence journalière équivaut à une journée de 7 heures de travail effectif. Pour ces salariés, les 13 heures de subordination sont payées 7 heures. Et ces 7 heures seront seules prises en compte pour l'application de la règlementation du travail. En d'autres termes, ils ne percevront d'heures supplémentaires qu'au-delà de 65 heures de présence par semaine.

Ce mécanisme a permis à certains secteurs d'échapper en partie aux 40 heures en 1936 et aux 35 heures en 2000. Il a été fermement condamné par la Cour de justice de l'Union européenne (v. not. CJCE 1er décembre 2005, aff. C-14/04, *Abdelkader Dellas**) et ce alors même que les termes de la définition européenne du temps de

Black plaque (297,1)

travail semblaient plus souples que ceux du Code du travail (art. 2, 1, Dir. 2003/88/CE du 4 novembre 2003, reprenant la définition de la directive de 1993).

Cette condamnation générale par la Cour de justice de l'Union européenne des temps d'équivalence a cependant été interprétée de manière restrictive, subtile et légèrement byzantine par le Conseil d'État (CE 28 avril 2006, *Dellas*, *Lebon* 2006, p. 206). Celui-ci s'appuie sur ce que le droit européen ne peut condamner les horaires d'équivalence qu'en ce qui concerne l'application du droit européen. Il est dès lors nécessaire de procéder en deux temps. En présence d'horaires d'équivalence, le premier temps consiste à compter l'ensemble des heures subordonnées pour vérifier que les règles européennes sont respectées (48 h hebdomadaires maximum, 11 h de repos consécutives...). Alors seulement il devient possible, dans un second temps, d'appliquer l'équivalence, pour l'application du droit français et notamment pour l'application des règles relatives aux salaires : dans l'exemple précité, les salariés n'auront droit qu'à 7 heures de SMIC, pour 13 heures de présence...

Le droit français conserve ainsi son particularisme et sa subtile complexité : en droit français, l'heure juridique n'est pas toujours l'heure des pendules.

348 Les temps de trajet du domicile à l'entreprise ne sont pas, en principe, du temps de travail. Cette exclusion, traditionnelle, avait une logique et des limites imposées par cette logique. L'exclusion de la qualification de « temps de travail effectif » du temps de trajet s'impose parce que la durée du trajet dépend de la situation du domicile du salarié, laquelle relève de la vie privée du salarié. Cette raison portait en elle-même ses limites. Ainsi, étaient qualifiés de « temps de travail » les trajets que le salarié fait, depuis son lieu habituel de travail, jusqu'au lieu d'une intervention particulière demandée par l'employeur. Étaient encore requalifiés les temps de déplacement à partir du domicile, dans la limite où ils étaient nettement plus longs que ceux habituellement réalisés, à la suite d'une demande de l'employeur d'aller réaliser un travail situé exceptionnellement loin du domicile (Soc. 5 mai 2004*).

Cette solution, assez logique, a été considérée comme excessivement protectrice par le législateur, qui a prévu par la loi du 18 janvier 2005 que tous les temps de trajet devaient être exclus du temps de travail effectif (art. L. 212-4 al. 4 C. trav. ; L. 3121-4 recod.). Ce temps devra simplement désormais, faire l'objet d'une « contrepartie », sans aucune garantie de montant, s'il dépasse le temps habituel du trajet du travail au domicile. Cette nouvelle disposition n'interdit toutefois pas aux juges de considérer que ce temps supplémentaire de trajet, s'il n'est plus un temps de travail effectif, n'est pas non plus un temps de repos. Il ne devrait donc pas pouvoir être compté dans les 11 heures quotidiennes minimales de repos dues aux salariés.

349 Le législateur a encore exclu, à l'occasion de la réduction de la durée légale du travail à 35 heures (loi du 19 janvier 2000), le temps d'habillage et de déshabillage du temps de travail effectif, même lorsque, sur ordre de l'employeur, des tenues de travail spéciales sont exigées (art. L. 212-4* al. 3 ; L. 3121-3 recod.). Cette petite restriction prise sur la définition du temps de travail effectif n'était qu'un moyen, assez mesquin il faut le reconnaître, de réduire les effets de la réduction de la durée légale du travail.

En revanche les autres temps nécessaires à la mise en condition ou à la sortie du travail demeurent qualifiés de temps de travail, s'ils sont ordonnés par l'employeur ou s'ils sont indispensables au travail ordonné par l'employeur, ce qui revient au même (v. par ex. pour la qualification du temps de douche de temps de travail effectif lorsque la nature du travail rend la douche impérative, Soc. 11 février 2004*).

Black plaque (298,1)

Il est à noter que ces temps de trajet d'habillage et de déshabillage exclus du temps de travail l'ont été en échange du versement de « contreparties » dont le montant n'est pas fixé par la loi, mais dont la fixation préalable est impérative. Ces contreparties peuvent être fixées par convention collective. Elles peuvent encore être fixées soit par le contrat individuel de travail (cas de l'habillage et du déshabillage), soit par décision unilatérale précédée de l'avis du comité d'entreprise (cas des trajets). Mais dans les deux cas un minimum d'anticipation et de formes est requis de l'employeur. À défaut, il est privé de ces exceptions légales et il doit payer les temps susvisés comme du temps de travail effectif (Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 264).

■ 350 Le temps de travail effectif est un temps soumis. Plus précisément, c'est soit un temps utilisé directement par l'employeur, c'est le temps de l'exécution des ordres, soit un temps qui peut être *immédiatement* préempté par l'employeur. Lorsque le temps ne peut pas être saisi immédiatement, mais qu'un délai de prévenance plus ou moins long, est nécessaire, on sort du temps de travail effectif.

Souvent, plusieurs jours de délai sont nécessaires pour que le temps puisse être saisi par l'employeur. C'est le cas des nombreuses hypothèses de travail à temps flexible, notamment lorsque le temps de travail est annualisé (sur ces hypothèses, v. n°s 290 et 335). Alors, le temps du salarié n'est pas totalement libre. Le salarié ne peut notamment pas, dans ces conditions, prévoir un voyage lointain, se déconnecter complètement du monde, ni prévoir un travail complémentaire sur plusieurs jours. Un temps qui ne peut être troublé qu'avec un délai de prévenance de plusieurs jours est toutefois suffisamment libre pour de nombreuses activités. C'est pourquoi il est, en droit, qualifié de temps de repos.

■ 351 Le temps susceptible d'être saisi par l'employeur au titre des heures supplémentaires est plus ambigu. À une époque où le nombre d'heures supplémentaires était très limité et où il s'agissait presque de la seule flexibilité offerte aux employeurs, la jurisprudence a décidé que les heures supplémentaires pouvaient, sans grands dommages, être situées dans le champ du pouvoir de l'employeur. Cette jurisprudence est toujours actuelle, bien que son contexte soit aujourd'hui bien différent. Il est en tout cas très clair que la faculté de commander des heures supplémentaires accordée à l'employeur n'empêche pas de qualifier de temps de repos le temps auquel des heures supplémentaires pourraient être demandées.

L'acceptation par la jurisprudence d'un pouvoir de l'employeur d'ordonner des heures supplémentaires suppose cependant un contrôle des conditions d'exercice de ce pouvoir. Un délai de prévenance suffisant (de quelques heures à quelques jours selon les cas) devrait à ce titre pouvoir être exigé.

De plus, le pouvoir d'ordonner des heures supplémentaires ne doit pas permettre de troubler un temps de repos en cours. En droit positif, cela seul permet de préserver une distinction entre le pouvoir d'ordonner des heures supplémentaires et le pouvoir qu'offre la stipulation d'une période d'astreinte.

Black plaque (299,1)

section 5

L'astreinte

352 Pour aller chercher le salarié au cours de son temps libre et le ramener au travail, il faut que le salarié soit d'astreinte.

L'article L. 212-4 *bis* du Code du travail (L. 3121-5 recod.) définit ainsi le temps d'astreinte : « Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise ».

Le salarié d'astreinte, comme le dit le texte, n'est pas « à la disposition permanente et immédiate de l'employeur ». S'il l'était, il serait en temps de travail effectif. Il n'est donc à la disposition de l'employeur qu'à terme, qu'après un certain délai. Ce délai au demeurant est au moins égal au temps de trajet entre le domicile du salarié et son lieu de travail, le texte exprimant clairement qu'en principe, le salarié d'astreinte est « à son domicile ou à proximité ». Il doit surtout être « en mesure d'intervenir pour effectuer un travail », c'est-à-dire qu'il doit d'abord être joignable. Le salarié peut alors se voir commander de partir de chez lui et de cesser ses activités, sinon immédiatement, du moins très rapidement. Aucun délai de prévenance précis n'est exprimé. Mais on l'imagine bref.

Alors la liberté est bien réduite. Le salarié doit, constamment, se tenir prêt, il peut être « sonné », « sifflé », bref dérangé à tout moment. Il ne peut s'engager dans aucune activité qui ne puisse être immédiatement interrompue. Et son esprit reste pris par le déclenchement possible, à tout moment, d'obligations professionnelles.

353 C'est pourquoi la Cour de cassation a décidé qu'il ne s'agissait pas d'un temps de repos (Soc. 4 mai 1999, *Dinoto*, *Bull. civ.* V, n° 187 ; *Grands arrêts*, n° 57 ; Soc. 10 juillet 2002*).

Le législateur français a tenté de contredire cette solution (art. L. 212-4 *bis* al. 1er C. trav. issu de la loi du 17 janvier 2003 (L. 3121-6 recod.)). Ce qui a conduit la France être fermement condamné par Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (décision du 7 décembre 2004*), sans que cela prête outre mesure à conséquence : le Comité des ministres s'étant contenté d'en « prendre note » (résolution du 4 mai 2005*). L'application directe de la Charte européenne étant débattue, il n'est pas certain que cette solution s'impose.

354 Il faut cependant remarquer que la ferme volonté du législateur de transformer les temps d'astreinte en temps de repos n'est choquante qu'en principe. En pratique, cette volonté clairement affichée est dépourvue de conséquences pratiques.

L'enjeu du débat est en effet de savoir s'il est possible de placer un salarié en temps d'astreinte pendant ses périodes de repos minimales, de 11 heures quotidiennes et de 35 heures hebdomadaires. Si la loi française l'emporte, la réponse à cette question sera positive. Un salarié pourra alors fort bien, par exemple, être d'astreinte pendant son temps de repos hebdomadaire minimal. Mais attention, si d'aventure l'employeur s'avise d'appeler le salarié pendant une telle période pour le faire travailler, il interrompt son repos, son repos minimal. En d'autres termes, appeler le

Black plaque (300,1)

salarié d'astreinte pendant sa période de repos minimal revient à violer la période de repos minimal... Ce qui est illégal. Le législateur, a permis de placer en astreinte pendant le repos minimal, mais il n'a pas donné la faculté de faire travailler pendant le repos minimal. L'astreinte en cours de repos minimal est une astreinte qui ne peut donc être utilisée que dans les cas, très limités, où une atteinte au temps de repos est autorisée (not. en cas de sauvetage ou d'accidents imminents, art. L. 221-12 ; L. 3132-4 recod., R. 221-12 et D. 211-12 C. trav.), ce qui suppose toujours une information *a posteriori* de l'inspecteur du travail.

■ 355 L'article L. 212-4 *bis* du Code du travail prévoit un régime juridique d'encadrement minimal de l'astreinte (L. 3121-7 et L. 3121-8 recod.) : les temps d'astreinte peuvent être mis en place par l'employeur après consultation des représentants du personnel, s'il en existe et après information de l'inspecteur du travail. Ils doivent donner lieu à une « contrepartie ». Les périodes d'astreintes sont normalement communiquées 15 jours à l'avance. Mais ce programme indicatif peut être modifié 1 jour franc à l'avance. L'astreinte est ainsi un temps flexible que l'on peut imposer avec beaucoup de flexibilité.

De plus, le texte ne le dit pas mais cela semble aller de soit, la soumission à des temps d'astreinte doit avoir fait l'objet d'un accord préalable avec le salarié. La *répartition* exacte des périodes d'astreinte n'est pas nécessairement contractuelle, si l'on en croit les flexibilités visées par l'article L. 212-4 *bis* (L. 3121-8 recod.). Mais *la soumission* à de telles périodes est, elle, nécessairement de source contractuelle.

■ 356 On peut encore préciser qu'une contrepartie dérisoire serait assimilée à une absence de contrepartie. En l'absence de contrepartie contractuelle ou conventionnelle, il appartient aux juges du fond d'évaluer souverainement le montant de la contrepartie due (pour une contrepartie fixée au niveau du salaire horaire normal par la Cour d'appel et un rejet du pourvoi formé contre cet arrêt, v. Soc. 10 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 77).

■ 357 La directive de 2003 sur le temps de travail est en cours de modification. Il est proposé par la Commission de créer un nouveau temps, : « la période inactive du temps de garde » (art. 2 *bis* en projet de modification de la directive). Ce temps n'est pas le temps d'astreinte du droit français, mais quelque chose d'infiniment pire. Il s'agit d'un temps pendant lequel le salarié est présent dans l'entreprise, sur son lieu de travail, prêt à intervenir à tout moment si l'employeur le demande. Contrairement à la jurisprudence française, ce temps ne serait plus un temps de travail effectif. On pourrait ainsi imaginer des salariées embauchées comme caissières à la demande. Elles seraient installées dans une salle de repos du supermarché et on leur demanderait de venir travailler si et seulement si l'attente aux caisses devient trop longue. Elles pourraient ainsi devoir rester une douzaine d'heures, prête à intervenir, dans la salle de repos. Et pourraient n'être rémunérée que pour les 2 fois 30 minutes, où, ce jour là, leur travail est apparu utile. Un temps contraint total, un salaire quasi inexistant...

Cette nouveauté européenne est actuellement bloquée. Son adoption, de plus, ne s'imposerait pas directement en France : la jurisprudence française est en la matière plus favorable. Et le droit européen n'interdit jamais à un droit national d'adopter des solutions plus favorables aux salariés. En revanche, si elle était adoptée cette évolution pourrait inspirer le législateur français, toujours à la recherche d'une sujétion supplémentaire à imposer aux salariés.

Black plaque (301,1)

section 6

Preuve

358 C'est, en principe, l'employeur qui détient le plus souvent les moyens de la preuve du temps travaillé. Cette capacité à prouver a conduit le législateur à faire peser sur l'employeur l'essentiel du fardeau de la preuve. Aux termes de l'article L. 212-1-1* du Code du travail (L. 3171-4 recod.) « ... l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ». Les juges en déduisent que : « la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties » (v. not. Soc. 7 février 2001* ; Soc. 24 avril 2003*), alors que le texte semble bien mettre cette charge sur l'employeur. Cependant, de leurs curieux motifs, les juges déduisent que « le juge ne peut fonder sa décision sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ».

Cette solution ne semble pas pouvoir être appliquée, de manière réciproque, à l'employeur. L'insuffisance des preuves apportées par l'employeur est, pour ce dernier, une défaillance : l'article L. 212-1-1 (L. 3171-4 recod.) lui imposant de « fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ». Il faut en déduire que, bien qu'il n'ait pas seul la charge de la preuve des heures réalisées, il doit assumer le risque de cette preuve. En cas de doute irréductible, c'est l'employeur qui sera, en conséquence, condamné.

359 Cette règle doit cesser de s'appliquer en matière pénale. L'infraction de travail dissimulé est réalisée si, intentionnellement, certaines heures supplémentaires effectuées n'ont pas été reportées sur le bulletin de paie (sur le travail dissimulé v. n° 24 ; sur son application à l'omission des heures supplémentaires, v. not. Crim. 24 mars 2004, *Dr. soc*. 2004. 664). Le principe de droit pénal selon lequel le doute irréductible doit profiter à l'accusé est un principe fondamental qui doit l'emporter sur la règle civile qui fait porter le risque de la preuve sur l'employeur.

Black plaque (302,1)

Biblio

- M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004.
- J. Mouly, « Le refus du salarié d'accomplir des heures supplémentaires », *Dr. soc.* 1994. 856.
- A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *Dr. soc*. 1995. 947.
- A. Jeammaud, « Le temps de travail effectif, entre jurisprudence et législation », *Dr. soc*. 1998. 744.
- P. Waquet, « Le temps de repos », *Dr. soc*. 1999. 288.
- J.-E. Ray, « Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIe siècle », *Dr. soc*. 2002. 939.
- F. Favennec-Hery, « Vers l'auto-réglementation du temps de travail dans l'entreprise », *Dr. soc*. 2005. 794.
- J.-M. Gasser, « La preuve des heures supplémentaires », *RJS* 2005. 175.

Documents

Notion de temps de travail effectif

Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003

« Article 2 : Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. "temps de travail" : toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ;

2. "période de repos" : toute période qui n'est pas du temps de travail

(...) »

Article L. 212-4 alinéa 1er du Code du travail ; L. 3121-1 recod.

« La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. »

Soc. 2 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 147

« Vu l'article L. 212-4 du Code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur ;

Attendu que constitue un travail effectif, au sens de ce texte, le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que constitue, en revanche, une astreinte et non un travail effectif une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise (...) la cour d'appel, (...) retient que lorsqu'il assurait sa permanence, ayant alors la responsabilité générale de l'internat, le directeur

Black plaque (303,1)

adjoint avait la disposition non pas d'un local de permanence mais d'un studio, où il avait placé des meubles lui appartenant, qu'il occupait avec son épouse, ; que la cour d'appel en a déduit que ce studio était « l'un de ses domiciles » où il pouvait assumer ses obligations professionnelles tout en vaquant à ses occupations personnelles,

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que le salarié était tenu de rester sur le lieu du travail afin de répondre à toute nécessité d'intervention sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles, dans des locaux déterminés par l'employeur, peu important les conditions d'occupation de tels locaux, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;... »

Soc. 12 octobre 2004, *Bull. civ.* V, n° 253 ; *Dr. soc.* 2005. 102 ; *Dr. ouvrier* 2005. 180, note A. Johansson

« Mais attendu que si la période de pause, qui s'analyse comme un arrêt de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité, n'est pas incompatible avec des interventions éventuelles et exceptionnelles demandées durant cette période au salarié en cas de nécessité, en particulier pour des motifs de sécurité, la cour d'appel, qui a relevé que les salariés, employés de la société Atofina dans son établissement de Pierre Bénite classé "Seveso 2", étaient tenus pendant leur pause de rester dans un local vitré d'où ils devaient surveiller leurs machines pour répondre et intervenir en cas d'alerte des signaux de leur poste de travail, aucun roulement n'étant mis en place pour leur remplacement, a pu en déduire que ces périodes de pause, rémunérées mais non prises en compte dans le décompte du temps de travail effectif, n'étaient pas conformes aux dispositions légales et conventionnelles ».

Soc. 11 février 2004, *Bull. civ.* V, n° 53

« Attendu que M. Bloch et 8 autres salariés de la société Arlux, exerçant une activité nécessitant l'utilisation de peinture et préparations contenant du plomb, ont saisi la juridiction prud'homale de demandes en paiement d'un quart d'heure par jour, temps nécessaire pour la prise d'une douche, sur les cinq dernières années ;

... les salariés effectuaient des travaux nécessitant la prise d'une douche quotidienne, ce dont il résultait que l'employeur devait payer le temps quotidien de douche au tarif normal des heures de travail... »

Soc. 5 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 121

« ... les déplacements de la salariée, qui devait se rendre régulièrement à Lyon, Marseille, Lille, Paris, auprès d'entreprises clientes de l'employeur et à la demande de ce dernier, étaient effectués hors période de travail et dépassaient en durée le temps normal du déplacement entre le domicile et le lieu de travail habituel, a exactement décidé qu'ils devaient être assimilés à un temps de travail effectif ».

Horaires d'équivalence

CJCE 1er décembre 2005, aff. C-14/04, *Abdelkader Dellas*, *RDT* 2006. 33, obs. M. Véricel

« (...)

43. Force est de constater dans ce contexte que, d'une part, la directive 93/104 ne prévoit pas de catégorie intermédiaire entre les périodes de travail et celles de repos et que, d'autre part, parmi

Black plaque (304,1)

les éléments caractéristiques de la notion de "temps de travail" au sens de cette directive, ne figure pas l'intensité du travail accompli par le salarié ou le rendement de ce dernier.

44. La Cour a également jugé à cet égard que les notions de "temps de travail" et de "période de repos" au sens de la directive 93/104 ne doivent pas être interprétées en fonction des prescriptions des différentes réglementations des États membres, mais qu'elles constituent des notions de droit communautaire qu'il convient de définir selon des caractéristiques objectives, en se référant au système et à la finalité de ladite directive, visant à établir des prescriptions minimales destinées à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs. En effet, seule une telle interprétation autonome est de nature à assurer à cette directive sa pleine efficacité ainsi qu'une application uniforme des dites notions dans l'ensemble des États membres (voir arrêt *Jaeger*, précité, pt. 58).

45. La Cour en a déduit que les États membres ne sauraient déterminer unilatéralement la portée de ces mêmes notions ainsi que des autres dispositions de la directive 93/104, en subordonnant à quelque condition ou restriction que ce soit le droit, reconnu aux travailleurs par cette directive, à ce que les périodes de travail et, corrélativement, celles de repos soient dûment prises en compte. Toute autre interprétation tiendrait en échec l'effet utile de cette dernière et méconnaîtrait sa finalité, qui vise à garantir une protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales (voir arrêts précités *Jaeger*, pts. 59, 70 et 82, ainsi que *Pfeiffer* e.a., pt. 99).

46. Or, d'une part, il ressort d'une jurisprudence constante que les services de garde que le travailleur effectue selon le régime de la présence physique dans l'établissement de l'employeur doivent être considérés dans leur intégralité comme du temps de travail au sens de la directive 93/104, indépendamment des prestations de travail réellement effectuées par l'intéressé durant ces gardes (voir arrêts précités *Simap*, point 52 ; *Jaeger*, pts. 71, 75 et 103 ; *Pfeiffer e.a.*, pt. 93, et ordonnance du 3 juillet 2001, CIG, C-241/99, *Rec. CJCE*, p. I 5139, pt. 34).

47. Le fait que les services de garde comportent certaines périodes d'inactivité est donc dépourvu de toute pertinence dans ce contexte.

48. En effet, selon ladite jurisprudence, même si des périodes d'inactivité professionnelle sont inhérentes aux services de garde que le travailleur effectue selon le régime de la présence physique dans l'établissement de l'employeur, étant donné que, à la différence du temps de travail normal, la nécessité des interventions urgentes pendant l'accomplissement desdits services n'est pas susceptible d'être planifiée à l'avance et l'activité effectivement déployée varie selon les circonstances, le facteur déterminant pour considérer que les éléments caractéristiques de la notion de « temps de travail », au sens de la directive 93/104, sont présents dans de tels services de garde qu'un travailleur effectue sur le lieu même de son emploi est le fait qu'il est contraint d'être physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir les prestations appropriées en cas de besoin. Il y a dès lors lieu de considérer ces obligations comme relevant de l'exercice des fonctions de ce travailleur (voir arrêts précités *Simap*, pt. 48, ainsi que *Jaeger*, pts. 49 et 63)

(...) »

Black plaque (305,1)

CE, 1re et 6e ss-Sect. réun., 30 juin 2006, *Dellas*, n° 243766, mentionné aux *Tables du Recueil Lebon*

« (...) Considérant que s'il résulte des dispositions de la directive, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes, que le temps pendant lequel les fonctionnaires hospitaliers sont physiquement présents sur leur lieu de travail doit être regardé dans sa totalité comme du temps de travail, quelle que soit la durée réelle de leur activité pendant cette période, les dispositions de la directive visent à fixer des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail ; qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire la définition au niveau national de durées d'équivalence, dès lors que l'application de celles-ci ne conduit pas à la méconnaissance des normes qu'elles édictent, notamment celles relatives à la durée maximale hebdomadaire de travail ; qu'ainsi, l'article 18 du décret attaqué, qui s'est borné à prévoir l'institution par décret en Conseil d'État d'une durée équivalente à la durée légale du travail pour ceux des personnels dont les fonctions impliquent une présence dans l'établissement comportant des temps d'inaction, n'a pas méconnu les dispositions de la directive 93/104/CE du Conseil (...) »

Astreinte et repos

– La Cour de cassation

Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ.* V, n° 238 (sur cet arrêt v. l'art. de J.-E. Ray, *préc.)*

« ... les périodes d'astreintes si elles ne constituent pas un temps de travail effectif durant les périodes où le salarié n'est pas tenu d'intervenir au service de l'employeur, ne peuvent être considérées comme un temps de repos, lequel suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle ; qu'il en résulte qu'un salarié ne bénéficie pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il est d'astreinte ».

– La loi

Article L. 212-4 *bis* du Code du travail (L. 3121-5 et L. 3121-6 recod.)

« Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif. (Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003) *"Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est décomptée dans les durées minimales visées aux articles L. 220-1 et L. 221-4"*. »

La directive (v. art. 2 Dir. 2003/88/CE, *préc.*)

– Condamnation de la France par le Conseil de l'Europe

Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, ratifiée par la France le 7 mai 1999

Article 2 : ... « les Parties s'engagent :

§2 : à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent

Black plaque (306,1)

(...)

§5 : à assurer un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région ».

Décision du Comité européen des droits sociaux du 7 décembre 2004, sur la réclamation n° 22/2003, *CGT* c. *la France* (www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/)

« ... 35. Le Comité considère que les périodes d'astreinte pendant lesquelles le salarié n'a pas été amené à intervenir au service de l'employeur, si elles ne constituent pas un temps de travail effectif, ne peuvent néanmoins être, sans limitation, assimilées à un temps de repos au sens de l'article 2 de la Charte sauf dans le cadre de professions déterminées ou dans des circonstances particulières et selon des mécanismes appropriés.

36. Les périodes d'astreinte sont en effet des périodes au cours desquelles le salarié est tenu de rester à la disposition de son employeur pour accomplir, si ce dernier le requiert, une prestation de travail. Or cette obligation, alors même que la réalisation de la prestation présente un caractère purement éventuel, empêche incontestablement le salarié de se consacrer à des activités relevant de son libre choix, programmées dans les limites du temps disponible avant la reprise du travail à un terme certain, et ne souffrant d'aucun aléa lié à l'exercice de l'activité salariée ou à la situation de dépendance qui en découle.

37. L'absence de travail effectif, constatée *a posteriori* pour une période de temps dont le salarié n'a pas eu *a priori* la libre disposition, ne constitue dès lors pas un critère suffisant d'assimilation de cette période à une période de repos.

38. Le Comité dit par conséquent que l'assimilation des périodes d'astreinte au temps de repos constitue une violation du droit à une durée raisonnable du travail prévue par l'article 2§1 de la Charte révisée. (...)

57. ... la situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de l'article 2§1 de la Charte révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisé ainsi que de l'absence de garanties suffisantes. »

Résolution du 4 mai 2005 ((2005)8), du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur la réclamation collective n° 22/2003, *CGT* c. *France* (www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/Cse/)

« ... Vu le rapport qui lui a été transmis par le Comité européen des droits sociaux, dans lequel celui-ci conclut que l'assimilation des périodes d'astreinte aux périodes de repos constitue une violation des articles 2§1 et 2§5 de la Charte révisée et que la situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de l'article 2§1 de la Charte révisée...
Prend note du rapport du Comité européen des droits sociaux. »

Preuve

Soc. 7 février 2001, *RJS* 2001, n° 457 ; Soc. 24 avril 2003, *RJS* 2003, n° 864

« ... la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et (...) le juge ne peut fonder sa décision sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié ».

Black plaque (307,1)

Quiz

Sujet corrigé : commentaire de texte

Énoncé

Commentez cet extrait de l'article L. 212-4 *bis* du Code du travail (L. 3121-6 recod.), issu de la loi du 17 janvier 2003 :

« Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est décomptée dans les durées minimales visées aux articles L. 220-1 (L. 3131-1 recod.) et L. 221-4 (L. 3132-2 recod.) ».

Corrigé

De nombreux plans sont possibles. L'important est de bien faire figurer l'ensemble des débats qu'a suscité le texte en France et au sein du Conseil de l'Europe. Un plan possible peut être de suivre le fil du texte en inversé.

I. « … la période d'astreinte est décomptée dans les durées minimales visées aux articles L. 220-1 et L. 221-4 » (L. 3131-1 et L. 3132-2 recod.)

A. « … les durées minimales visées aux articles L. 220-1 et L. 221-4 »

Il s'agit du repos quotidien de 11 heures par jour (art. L. 220-1 C. trav. ; L. 3131-1 recod.) et du repos hebdomadaire supplémentaire de 24 heures consécutives (art. L. 221-4 C. trav. ; L. 3132-2 recod.). Parmi les temps de repos, outre la pause de 20 minutes toutes les 6 heures (art. L. 220-2 C. trav. ; L. 3121-33 recod.) ne sont pas visés les différents congés et notamment les congés annuels payés. Ces temps de repos ne sont donc pas concernés par le texte et la jurisprudence qui distingue astreinte et repos n'est donc pas, dans cette mesure, remise en cause.

B. « … la période d'astreinte est décomptée… »

Cela signifie que, pour les périodes d'astreinte sont assimilées à du temps de repos, que ce soit pour le repos quotidien ou le repos hebdomadaire. La solution est critiquable. On pourra reprendre ici, notamment, les fondements de la jurisprudence contraire de la Cour de cassation (v. P. Waquet, Biblio) et les motifs de la condamnation adoptée par le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe (v. documents). Il faut aussi évoquer la possibilité pour les juges d'écarter le texte au nom du Pacte international de 1966.

II. « Exception faite de la durée d'intervention… »

A. « … la durée d'intervention »

Il s'agit de la période travaillée effectivement, à la suite d'un appel. Il est notable que cette durée n'inclut pas les temps de trajet, alors même qu'aucun temps de travail minimal n'est requis, en principe, pour appeler un salarié d'astreinte. Rien n'interdit, en théorie, à un employeur de déranger un salarié pour une demi-heure de travail, laquelle lui sera rémunérée en tant que telle, même si cette demi-heure a coûté au salarié le temps d'un aller-retour depuis son domicile. La durée de trajet risque d'être ici, comme à l'habitude, considérée comme un temps de repos.

Black plaque (308,1)

B. « Exception faite... »

L'exception de la durée d'intervention interdit de réclamer le travail du salarié pendant l'écoulement de sa durée de repos minimale. Ce qui, dans la plupart des cas, prive le texte de tout impact. Voir cependant les articles L. 221-12 (L. 3132-4 recod.), R. 221-12 et D. 221-12 du Code du travail.

TITRE

5

L'emploi menacé

360

La maladie, la maternité, la grève, la vente de l'usine... tous ces événements, au début du XXe siècle, rompaient d'eux même le contrat de travail. Aujourd'hui, ce contrat n'a plus cette fragilité originelle. Il résiste grâce à deux mécanismes désormais bien rodés : la suspension du contrat de travail (chapitre 15) et le transfert des contrats de travail en cas de changement d'employeur (chapitre 16).

Black plaque (311,1)

chapitre 15

La suspension du contrat de travail

Black plaque (312,1)

Plan analytique

section 1

La maladie et l'accident

§ 1 La rupture du contrat en cours de suspension

A. Qualification de la rupture

B. Protection contre le licenciement en cours de suspension du contrat

§ 2 La fin de la période de suspension

section 2

Le chômage partiel

section 3

Concours de causes de suspension

§ 1 Une jurisprudence difficilement applicable

§ 2 Une jurisprudence infondée et chaotique

15

La suspension du contrat de travail

Certains événements peuvent venir bloquer, de manière temporaire, l'exécution des principales obligations du contrat de travail. Afin d'assurer une certaine pérennité à la relation de travail, le contrat n'en est pas pour autant résilié : les obligations sont considérées momentanément mises en sommeil. On parle alors de « suspension du contrat de travail ». La terminologie est légèrement imprécise, puisque à proprement parler ce n'est pas la totalité du contrat qui cesse de s'appliquer, mais seulement ses principales obligations. Certaines obligations annexes demeurent, comme par exemple l'obligation de loyauté. L'expression « suspension du contrat de travail » est cependant commune et sera à ce titre conservée. 361

Les causes de suspension du contrat de travail sont diverses. Elles comprennent notamment les différents types de congés auxquels un salarié peut avoir droit, parmi lesquels on compte les congés payés, les congés maladie, les congés maternité, les congés parentaux d'éducation, les congés formation, sabbatiques, pour événements familiaux, etc. L'essor de ces congés, aux conditions d'octroi diverses et dont certains sont rémunérés, est une évolution majeure du droit du travail. 362

Le contrat peut aussi être suspendu du fait de la grève du salarié ou du fait de la mise en chômage partiel décidée par l'employeur.

Ces causes de suspension, dont le nombre est en constante augmentation, sont pour la plupart l'objet d'une réglementation spécifique. De par son importance, la grève fera l'objet d'un traitement séparé. Parmi les autres causes de suspension, la maladie et l'accident ont une place spéciale, du fait de l'abondance du contentieux qu'ils suscitent, mais aussi de par le rôle moteur qu'ils ont eu dans l'évolution du droit de la suspension du contrat de travail (section 1). L'étude du chômage partiel s'impose en outre : il s'agit de la seule cause de suspension liée à l'inexécution par l'employeur (et non par le salarié) de ses obligations (section 2). Les différentes causes de suspension peuvent être simultanément présentes, ce qui pose la question du régime juridique alors applicable (section 3). 363

section 1

La maladie et l'accident

Du fait de la détérioration de son état de santé, un salarié peut être physiquement incapable de réaliser le travail pour lequel il a été embauché, de manière temporaire ou définitive. Atteint dans son corps, il risque alors de perdre en outre, avec son salaire, ses moyens de subsistance et ceux de sa famille. Il est aussi menacé de perdre 364

son emploi. En réaction, un certain nombre de règles protectrices ont été mises en place.

La conséquence la plus immédiatement brutale était la perte de salaire. C'est contre elle que furent mises en place les premières garanties. Les premières réactions relèvent du droit des assurances sociales. Les années 1898 et 1945 furent particulièrement fécondes.

■ 365 La loi du 9 avril 1898 a créé la première grande assurance sociale obligatoire et générale. Celle-ci était chargée de garantir les salariés contre les conséquences des accidents du travail et des maladies professionnelles. Il est vrai que les salariés qui perdaient la santé au service de l'entreprise et qui, loin de recevoir des secours de la part de celle-ci, perdaient d'un coup salaire et emploi, avaient de quoi susciter une certaine compassion.

L'importance de cette loi sur les accidents du travail occulte parfois une autre loi, du même mois, la loi du 1er avril 1898. Celle-ci fut une grande avancée dans la voie d'une protection des accidents et maladies non professionnels. Elle accorde aux sociétés de secours mutuels un véritable statut et le droit d'être créés, sur simple déclaration. Ces sociétés, dont on trouve quelques ancêtres à la fin de l'Ancien Régime, se sont développées tout au long XIXe siècle, dans la clandestinité au temps où la prohibition des coalitions frappait sans discernement, puis à partir du second Empire, sous le contrôle méfiant de l'État. Ce n'est qu'à partir de la loi du 1er avril 1898 qu'elles pourront véritablement prendre leur essor.

■ 366 En 1945-1946 se met en place la Sécurité sociale. L'assurance maladie comme les garanties applicables en matière d'accidents du travail sont alors rattachées à ce régime général, qui bénéficie à tous les salariés. Une rémunération, qui prend le nom d'indemnités journalières est versée aux salariés malades ou accidentés. Elle est égale à une fraction du salaire perdu : la moitié, en principe, en cas de simple maladie et de 60 à 80 % en cas de maladie professionnelle ou d'accident du travail.

■ 367 Le droit de la Sécurité sociale ayant alors assuré un minimum nécessaire à la subsistance des malades, le droit du travail est intervenu pour améliorer les protections. Il l'a fait d'abord pour compléter le salaire de substitution accordé par les assurances sociales. De nombreuses conventions collectives traitent, depuis longtemps, de cette question. La plus importante est l'accord national interprofessionnel sur la mensualisation du 10 décembre 1977, consacré et élargit par la loi du 19 janvier 1978. L'article 7 de cet accord prévoit que, pour les salariés de plus de 3 ans d'ancienneté, l'employeur est tenu de compléter les indemnités journalières reçues jusqu'à hauteur de 90 % du salaire pendant 30 jours et de 60 % du salaire pendant les 30 jours suivants. Ces deux durées de 30 jours sont augmentées de 10 jours chacune par tranche de 5 ans d'ancienneté, les trois premières années ne comptant pas. L'indemnisation commence au 1er jour d'absence pour les maladies professionnelles et les accidents du travail, et à partir du 11e jour pour les autres maladies et accidents.

Ces solutions adoptées, la grande question a été celle de la protection des salariés malades et accidentés contre la perte d'emploi.

■ 368 La protection de l'emploi, historiquement seconde, a suivi les mêmes chemins que ceux parcourus en leur temps par les substituts de salaire. Elle a d'abord été créée pour les salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Elle a ensuite été élargie aux salariés dont la maladie ou l'accident ont une cause non

Black plaque (315,1)

professionnelle. Seules certaines nuances opposent encore le droit applicable aux uns et aux autres et les solutions de principe sont désormais les mêmes.

369 L'étude de ces solutions exige de distinguer nettement, dès l'abord, le temporaire et le définitif. L'incapacité physique temporaire qu'elle soit de source professionnelle ou non, entraîne la suspension du contrat de travail, période au cours de laquelle le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement (§ 1). Lorsque le salarié est rétabli ou lorsque son incapacité physique devient définitive, la suspension doit, en principe, cesser et le salarié doit être réintégré, dans toute la mesure du possible (§ 2).

§ 1 La rupture du contrat en cours de suspension

370 Lorsque, du fait de son état de santé, un salarié est temporairement dans l'impossibilité d'exécuter son travail, le principe est celui de la suspension de son contrat de travail. Ce principe a été posé dès 1934*, par l'arrêt *Hôtel Terminus* (Civ. 3 décembre 1934). Il souffre cependant d'exceptions. L'incapacité physique temporaire du salarié peut alors devenir la cause, au moins indirecte, d'une rupture du contrat de travail. Cette rupture est aujourd'hui qualifiée de licenciement (A). Elle est de plus en plus contrôlée (B).

A. Qualification de la rupture

371 La Cour de cassation a, dans un premier temps, autorisé l'employeur à « prendre acte » de la rupture du contrat en cas maladie prolongée ou de maladies répétitives. L'absence était alors qualifiée de « force majeure » (Soc. 14 décembre 1960, *Le Figaro*, *Bull. civ.* IV, n° 1181) ou plus simplement de cause de rupture non imputable à l'employeur (Soc. 28 février 1973, *Manuvire*, *Bull. civ*. V, n° 121 ; Soc. 5 octobre 1977, *D*. 1978. 408, note A. Jeammaud). Cette qualification privait le salarié des indemnités et des garanties procédurales du licenciement. Excessivement rigoureuse pour le salarié, elle a été progressivement abandonnée.

Les absences pour accident du travail ou maladie professionnelle ont, tout d'abord, été jugées imputables à l'entreprise. Et, conséquemment, les ruptures prononcées pour de telles absences ont été qualifiées de licenciement avec toutes les conséquences indemnitaires et procédurales qui s'ensuivent (v. Soc. 10 juillet 1975, *Barba*, *Bull. civ.* V, n° 396 ; Soc. 1er février 1979, *Bull. civ*. V, n° 109).

372 Puis, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence au sujet des maladies et des accidents d'origine non professionnelle. Elle a alors adopté une position intermédiaire, passablement baroque, entre le licenciement et la force majeure. Cette position conduisait à distinguer l'initiative et l'imputabilité de la rupture. Lorsque l'employeur prenait acte de la rupture, il en avait l'initiative et était tenu, à ce titre, de respecter la procédure de licenciement. En revanche, parce que la rupture était justifiée par une cause considérée comme n'étant pas imputable à l'employeur, celui-ci était libéré de l'obligation de verser une indemnité de licenciement (Soc. 29 juin 1977, 2 arrêts, *Bull. civ*. V, nos 430 et 433 ; *D.* 1978. 439, note A. Jeammaud, Soc. 21 février 1979 *D.* 1979. 413, note J. Pélissier). Ce découpage étrange du droit du licenciement a duré plus de dix ans.

Black plaque (316,1)

373 Il s'appuyait pourtant sur un raisonnement peu convaincant. À partir du moment où la Cour reconnaît qu'une initiative de l'employeur est nécessaire pour que le contrat soit rompu, la maladie cesse d'être considérée comme un cas de force majeure rompant de lui-même le contrat. Il ne peut alors s'agir que d'une rupture imputable à l'employeur, autrement dit d'un licenciement. En effet, ce n'est pas parce que le *motif* de licenciement n'est pas imputable à l'employeur, que la *rupture* dont il prend l'initiative ne lui est pas imputable. Ainsi, par exemple, l'insuffisance professionnelle du salarié ou sa faute ne sont pas en principe imputables à l'employeur. Les ruptures du contrat de travail décidées par l'employeur pour de tels motifs n'en sont pas moins incontestablement des licenciements. De même, lorsque l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail d'un salarié malade, il en prend aussi la responsabilité. Et cette rupture mérite pleinement la qualification de licenciement.

374 Ce n'est qu'à partir du 21 avril 1988 que la Cour de cassation a appliqué cette qualification aux ruptures du contrat de travail initiées par l'employeur (Soc. 21 avril 1988, deux arrêts, *Mosnier* et *Borghese*, *Bull. civ*. V, n° 250 ; *Grands arrêts*, n° 72 ; dans le même sens, v. par ex. Soc. 30 janvier 1991, *RJS* 1991, n° 443).

La qualification de licenciement acquise, il restait à préciser les conditions d'une justification de ce licenciement.

B. Protection contre le licenciement en cours de suspension du contrat

375 Le licenciement d'un salarié en cours de suspension du contrat de travail pour maladie ou accident a tout d'abord été soumis au droit commun du licenciement, soit encore au contrôle de l'abus de droit avant la loi de 1973, puis à celui de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ce fut pour la jurisprudence l'occasion de poser les premiers jalons des justifications possibles du licenciement d'un salarié malade ou accidenté. Il a ainsi été décidé que l'absence temporaire du salarié ne peut permettre de justifier un licenciement que dans la mesure où elle rend le remplacement du salarié nécessaire (v. Soc. 23 octobre 1968, *Bull. civ.* V, n° 453 ; Soc. 7 juillet 1972, *Bull. civ*. V, n° 513).

376 Un encadrement plus strict du licenciement d'un salarié en cours de suspension a ensuite été mis en place pour les seuls salariés absents pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle, par la loi du 7 janvier 1981. Depuis lors, pour ces salariés, tout licenciement en cours de période de suspension est nul, sauf faute grave du salarié ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la maladie ou à l'accident (art. L. 122-32-2 C. trav. al. 1 et 3 ; L. 1226-9 et 1226-13 recod.). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser ces exceptions. Ni l'existence d'une cause économique, ni l'application des critères d'ordre des licenciements ne suffisent pour caractériser une impossibilité de maintenir le contrat (Soc. 12 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 242 ; Soc. 21 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 381). Il doit donc s'agir d'une situation contraignante proche de la force majeure, et une telle situation est tout à fait exceptionnelle. Quant aux fautes non graves commises au cours de la période de suspension, la Cour de cassation a précisé qu'elles ne pouvaient en aucun cas justifier un licenciement, même prononcé après qu'a cessé la période de suspension (Soc. 12 mars 2002, *Bull. civ*. V, n° 88 ; Soc. 8 janvier 2003, *Bull. civ*. V, n° 1).

Black plaque (317,1)

377 La situation des salariés dont le contrat est suspendu pour maladie ou accident non professionnels demeure moins favorable. En cours de période de suspension, l'employeur doit simplement démontrer que la durée de l'absence du salarié ou la répétition de ses absences rendent nécessaire son remplacement définitif (Soc. 3 juillet 1986, *Bull. civ.* V, n° 346 ; Soc. 13 mars 2001, *Herbaut** ; Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106 ; Soc. 19 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 294 ; *Dr. soc.* 2006. 106, obs. J. Savatier). Cette solution a perduré après même que la loi du 12 juillet 1990 ait inscrit parmi les causes de discrimination prohibées au sein de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) « l'état de santé du salarié » et interdit ainsi, à peine de nullité, tout licenciement qui serait justifié par la maladie du salarié.

378 Pour maintenir sa jurisprudence malgré cette nouvelle rédaction de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.), la Cour de cassation a adopté le raisonnement suivant. Lorsque le remplacement définitif du salarié s'avère nécessaire, le licenciement est justifié « non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé » (en ce sens, v. l'arrêt *Herbaut* préc. et déjà Soc. 16 juillet 1998, *Bull. civ.* V, n° 394 ; Soc. 10 novembre 1998, *Bull. civ.* V, n° 485). En revanche, en l'absence de nécessité démontrée de procéder à un remplacement définitif, l'article L. 122-45 alinéa 5 du Code du travail (L. 1132-4 recod.)s'applique pour fixer la sanction applicable : le licenciement est nul (v. not., dans des hypothèses de licenciement pour longue maladie, Soc. 5 juin 2001, deux arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 209 et 211, *Dr. soc.* 2001. 1045, note J. Savatier).

Ce raisonnement apparaît légèrement maladroit. Les solutions auquel il conduit, opportunes, seraient mieux justifiées de la manière suivante. Il faut reconnaître que la cause première du licenciement, seule invocable (v. n° 456), est bien l'état de santé du salarié, soit un des critères prohibés par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.). La question serait alors de savoir si cette discrimination selon l'état de santé peut, à titre exceptionnel, se révéler justifiée. Pareille exception dans l'utilisation d'un critère prohibé n'est nullement impossible, lorsque peut être démontré l'existence d'un trouble caractérisé dans le bon fonctionnement de l'entreprise (v. n° 163). Eu égard à son caractère exceptionnel, la reconnaissance d'un tel trouble caractérisé doit simplement être appréciée avec rigueur.

Cette rigueur est, au demeurant, bien présente dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au licenciement au nom de l'état de santé du salarié.

Ainsi, dans l'arrêt *Herbaut* du 13 mars 2001*, la Cour d'appel avait reconnu l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, au motif que les absences « fréquentes et subites » de la salariée licenciée avait créé une « perturbation certaine » dans le fonctionnement du service auquel elle était affectée, eu égard notamment au faible nombre de personnes employées par l'entreprise (sept en l'espèce). La Cour de cassation casse cependant l'arrêt déféré. Cette décision s'explique. La Cour d'appel avait précisé que seul « un travail supplémentaire des autres employées ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire » pouvait permettre de résoudre la perturbation occasionnée par les absences de la salariée. Cette perturbation n'était donc pas sans solutions. Et la Cour de cassation en déduit que la Cour d'appel « n'avait pas constaté que les absences répétées de la salariée avaient rendu *nécessaire* son remplacement *définitif* ». Il suffit ainsi que le remplacement du salarié soit possible, notamment par l'embauche d'un travailleur temporaire ou d'un salarié sous contrat à durée déterminée, pour que la rupture soit illicite et par conséquent nulle en application de l'article L. 122-45 alinéa 5 du Code du travail (L. 1132-4 recod.). Or une telle possibilité est très fréquemment présente.

Black plaque (318,1)

§ 2 La fin de la période de suspension

379 La fin de la période de suspension a lieu, en principe, à la date de la consolidation de l'état de santé du salarié, soit qu'il soit guéri, soit que son incapacité physique soit désormais permanente. Cette fin de suspension a été longtemps reportée par la jurisprudence de manière artificielle et contestable, jusqu'à la date de la visite médicale auprès du médecin du travail, lorsque celle-ci est obligatoire (v. not. Soc. 22 mars 1989, *Grands arrêts*, n° 73 ; Soc. 8 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 1). La Cour de cassation a, un temps, hésité sur cette jurisprudence. Elle a d'abord semblé abandonner le maintien artificiel de la suspension (v. Soc. 29 septembre 2004, *Dr. soc.* 2004. 1093). Puis elle a tenté de l'atténuer (v. Soc. 16 novembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 323, arrêt qui reconnaît le maintien de la suspension et affirme dans le même temps, de manière contradictoire, que l'employeur était détenteur d'un pouvoir disciplinaire sur le salarié qui avait repris le travail sans passer sa visite médicale obligatoire).

Cette période de doute semble cependant passée, la Cour a récemment réaffirmé sa position traditionnelle d'un maintien de la suspension en l'absence de respect de la visite médicale obligatoire (Soc. 28 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 87 ; *RDT* 2006. 24, obs. B. Lardy-Pélissier ; et Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-42279, *Bull. civ.* V, n° 42).

Cette solution un peu ubuesque d'un contrat de travail suspendu mais dont les obligations principales et accessoires sont exécutées s'explique sans doute par l'importance qu'accorde la Cour de cassation à la visite médicale de reprise du travail, visite qu'elle rattache désormais directement à l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur (Soc. 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-44580, *Bull. civ.* V, n° 373). La période de protection du salarié est ainsi prorogée jusqu'à l'exécution effective de la visite. Le salarié ne saurait pour autant en profiter pour conserver sa protection en refusant de passer sa visite médicale de reprise : le refus d'une telle visite peut être considéré comme fautif et même, dans certains cas, comme une faute grave autorisant le licenciement du salarié sans préavis, et ce y compris en cours de période de suspension (Soc. 29 novembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 361).

Ces différentes solutions ont une certaine cohérence entre elles. Mais l'ensemble n'en demeure pas moins très discutable. Un contrat ne devrait pas pouvoir être considéré comme suspendu lorsque ses obligations principales sont exécutées. Et les dangers d'une vision trop rigoureuse de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur apparaissent assez clairement lorsque l'on en vient à qualifier de « faute grave » le refus par un salarié de se laisser ausculter par un médecin choisit par l'employeur. Cette qualification pourrait s'interpréter comme une violation du droit du malade au libre choix de son praticien, droit pourtant garanti par l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique.

Quoi qu'il en soit, lorsque la date de fin de suspension survient, l'employeur est soumis à certaines obligations. La principale est l'obligation de réintégrer ou de reclasser le salarié.

380 En l'absence de déclaration d'inaptitude à son ancien poste de travail par le médecin du travail, l'employeur doit réintégrer le salarié sur son ancien poste de travail, ou, si celui-ci a disparu, sur un poste équivalent. Si l'employeur n'offre qu'un reclassement qui s'analyserait en une modification du contrat de travail, cette inexécution par l'employeur de son obligation de réintégration peut, à la demande du salarié, être

Black plaque (319,1)

qualifiée de licenciement illicite donc nul (Soc. 23 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 450 ; Soc. 26 novembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 353).

381 Il se peut, cependant, que le salarié soit déclaré inapte à son ancien poste par le médecin du travail. Cette déclaration peut, évidemment, être très lourde de conséquences pour l'avenir professionnel du salarié. Elle ne peut être prise qu'après mûre réflexion. Elle suppose, sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour la santé ou la sécurité de l'intéressé ou celles des tiers, une étude du poste de travail, des conditions de travail et deux examens médicaux de l'intéressé espacés, de deux semaines (art. R. 241-51-1 du Code du travail). La violation de cette procédure est sévèrement sanctionnée : l'irrégularité de l'avis du médecin du travail rend celui-ci sans valeur et l'éventuel licenciement basé sur cet avis sera, par conséquent, nul (v. not. Soc. 19 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 292, deux arrêts, et Soc. 20 septembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 275 ; *RDT* 2006. 385, obs. G. Pignarre : dans ce dernier arrêt le délai de deux semaines n'avait pas été respecté, seuls 13 jours s'étant écoulés).

Lorsque le salarié est régulièrement déclaré inapte à son ancien poste de travail par le médecin du travail, l'employeur est tenu de lui proposer un reclassement sur un poste aussi proche que possible de son ancien poste, dans la limite des postes disponibles dans l'entreprise, tout en tenant compte des observations du médecin du travail. Suivant le cours ordinaire de la matière, cette obligation de reclassement a d'abord été créée pour les salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles par la jurisprudence, puis par la loi (art. L. 122-32-5 C. trav. issu de la loi du 7 janvier 1981 ; L. 1226-10 recod.). Elle a ensuite été étendue aux salariés victimes d'accidents ou de maladies non professionnels, encore une fois d'abord par la jurisprudence, avant d'être consacrée par la loi (art. L. 122-24-4 issu de la loi du 31 décembre 1992 ; L. 1226-2 recod.). L'obligation de reclassement est désormais érigée au rang de principe général du droit par le Conseil d'État (CE 2 octobre 2002, *RJS* 2003, n° 94).

382 Cette obligation de reclassement impose à l'employeur de proposer aux salariés les postes disponibles dans l'entreprise, ou même au sein du groupe auquel appartient l'entreprise (Soc. 10 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 84 ; Soc. 7 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 196), y compris ceux qui, le cas échéant, relèvent de catégories supérieures à celles occupées précédemment par le salarié (Soc. 21 juin 2000, *RJS* 2000, n° 903). Même lorsque le médecin du travail rend un avis d'inaptitude totale à exercer un emploi dans l'entreprise, l'employeur est tenu de chercher à le reclasser, par une mutation, par la création d'un poste spécialement adapté, ou par la proposition d'un aménagement du temps de travail (Soc. 7 juillet 2004, trois arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 196*, 197 et 198).

L'obligation de reclassement est cependant limitée : l'employeur n'est tenu que de proposer les postes disponibles. Il ne lui est pas demandé de créer un nouveau poste, ni d'en libérer un en imposant à un autre salarié une modification de son contrat de travail (Soc. 15 novembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 339 ; *Dr. soc.* 2007. 106-108, obs. G. Couturier ; *RDT* 2007. 96, obs. J.-Y. Froin). En revanche, l'employeur semble tenu de proposer à d'autres salariés une modification de leur contrat, si cela doit permettre d'offrir un poste au salarié devenu inapte (Soc. 14 décembre 2005, pourvoi n° 04-40021).

Black plaque (320,1)

Si ces derniers refusent ou qu'aucune permutation n'est envisageable, et si aucun autre poste n'est disponible, l'employeur pourra procéder au licenciement du salarié inapte. Ce licenciement sera considéré comme doté d'une cause réelle et sérieuse. Les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement seront dues. Seule l'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due, dans la mesure où le salarié aurait été inapte à exécuter son préavis. En cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, l'indemnité légale de licenciement est multipliée par deux et à elle s'ajoute une indemnité compensatrice de préavis même dans les cas où le salarié aurait été inapte à exécuter ce préavis (art. L. 122-32-6 C. trav. ; L. 1226-14 recod.).

383 Aucun autre mode de rupture du contrat de travail que le licenciement ne peut être utilisé par l'employeur.

Cette solution exclut d'abord toute « prise d'acte » de la rupture par l'employeur. Cette exclusion a été initiée en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles par la jurisprudence (Soc. 10 juillet 1975, *Barba, Bull. civ.* V, n° 396) puis par le législateur (loi du 7 janvier 1981, art. L. 122-32-5 et L. 122-32-6 C. trav. ; L. 1226-12 et L. 1226-14 recod.). Elle a été étendue ultérieurement en cas d'inaptitude, même totale, pour une cause non professionnelle (v. Soc. 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 600 et l'art. L. 122-24-4 C. trav. issu de la loi du 31 décembre 1992 ; L. 1226-4 recod.). Elle exclut aussi toute rupture d'un commun accord signée après qu'a été constatée une inaptitude définitive (v. Soc. 12 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 66). Cet exclusivisme du droit du licenciement des salariés victimes de problèmes de santé n'est pas sans rappeler la solution admise dès les arrêts *Perrier* du 21 juin 1974, en matière de protection de l'emploi des représentants du personnel et des délégués syndicaux (sur cet arrêt, v. n° 1136 ; *Grands arrêts*, n° 145). Ce rapprochement du droit des salariés protégés est aussi perceptible en ce qui concerne les sanctions applicables.

384 Dans toutes les hypothèses où le licenciement d'un salarié victime d'un problème de santé est illicite, notamment en cas de violation de l'obligation de reclassement, il est nul pour discrimination selon l'état de santé, en application de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.). C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence depuis quelques années de manière constante (v. not. Soc. 16 juillet 1998, *Bull. civ.* V, n° 393 ; Soc. 23 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 450 ; Soc. 17 octobre 2000, *RJS* 2001, n° 31 ; Soc. 5 juin 2001, 2 arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 209 et 211 ; Soc. 26 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 139 ; Soc. 16 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 52 ; *RJS* 2005, n° 469 ; Soc. 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40241, *Bull. civ.* V, n° 275). Le salarié a alors une option. Il peut réclamer sa réintégration, y compris en référé (Soc. 23 novembre 1999, *préc.*). Il peut aussi, s'il le préfère, réclamer une indemnisation. Auquel cas il a droit à la réparation de son entier préjudice, lequel ne peut être inférieur aux indemnités dues pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 17 octobre 2000, *préc.* ; Soc. 8 avril 2004, *Bull. civ.* V, n° 118). La jurisprudence lui reconnaît en outre un droit à des indemnités compensatrices de préavis, peu important le fait qu'il ait été ou non dans l'incapacité d'exécuter ce préavis du fait de son état de santé, et ce même en cas d'inaptitude pour une cause non professionnelle (v. Soc. 5 juin 2001, deux arrêts, *préc.*).

Black plaque (321,1)

section 2

Le chômage partiel

385 La mise à pied économique ou chômage partiel est la situation dans laquelle se trouve un salarié lorsque l'employeur ne remplit plus son obligation de fournir un travail, lorsqu'il réduit unilatéralement et provisoirement le temps de travail de ses salariés. Le contrat de travail est alors suspendu et les salaires réduits. Le salarié en chômage partiel peut toutefois avoir droit, dans certaines limites, à une indemnisation lui permettant de réduire sa perte de salaire.

L'article L. 351-25 du Code du travail (L. 5122-1 recod.) prévoit une allocation spécifique, à la charge de l'État, fixée par heure perdue. Elle est égale à 2, 44 euros par heure dans les entreprises de 250 salariés au plus et à 2,13 euros dans les entreprises de plus de 250 salariés (art. D. 351-3 du Code du travail).

Cette indemnisation n'est due qu'en présence de certaines causes de privation partielle d'emploi et elle est limitée dans le temps.

386 L'article R. 351-50 alinéa 2 du Code du travail mentionne l'exigence d'une « contrainte » de suspendre ou réduire temporairement l'activité de l'entreprise. Mais l'énoncé des possibles raisons de cette « contrainte » démontre que l'on est loin du caractère contraignant de la force majeure. Ces raisons, outre les traditionnelles « intempéries exceptionnelles » et autres « difficultés d'approvisionnement », incluent notamment la « conjoncture économique », la « transformation, restructuration ou modernisation de l'entreprise » ou encore « toute autre circonstance exceptionnelle ». Il est en particulier notable que cette contrainte peut être, si l'on en croit le texte, le fait d'une entreprise prospère, procédant, par exemple, à l'introduction de nouvelles technologies. Le recours au chômage partiel indemnisé demeure ainsi très ouvert, nonobstant l'existence d'un contrôle *a priori* de l'administration (art. R. 351-54 C. trav.).

387 L'indemnisation du chômage partiel est limitée, en principe, à 600 heures par an (v. arrêté du 16 avril 2003, *JO* du 19 avril 2003). De plus, au-delà de 4 semaines d'interruption totale du travail dans un établissement, les salariés cessent d'être considérés comme chômeurs à temps partiel, et l'article L. 351-25 (L. 5122-1 recod.) laisse alors place à l'application de l'indemnisation du chômage total (art. R. 351-51 C. trav.). Ces différentes limitations de durée peuvent permettre tout de même de réduire d'un tiers la durée du travail des salariés à temps complet.

Les sommes versées au titre de cette indemnisation du chômage partiel sont complétées, notamment par l'application de la rémunération mensuelle minimale (art. L. 141-10 et s. C. trav. ; L. 3232-1 et s. ; v. n° 304) et par l'application de la convention collective nationale interprofessionnelle étendue du 21 février 1968 qui ordonne à l'employeur de verser un minimum de 50 % de la rémunération perdue en cas mise au chômage partiel.

388 Il demeure que le chômage partiel indemnisé se traduit par une baisse de rémunération, variable selon le niveau du salaire des personnes concernées, mais qui peut atteindre 50 % du salaire en cas de chômage partiel à temps complet.

Black plaque (322,1)

Une telle réduction de salaire, suite à la décision unilatérale de l'employeur de ne pas honorer ses engagements peut, en principe, être refusée par le salarié. L'employeur, auquel il est alors demandé de respecter les termes du contrat, aura alors le choix soit de maintenir intégralement le salaire, soit de licencier pour un motif économique, si la cause de la violation de son engagement de fournir un travail a les caractères d'une cause économique réelle et sérieuse de licenciement. La solution est ancienne (v. not. Soc. 11 janvier 1962, *Bull. civ*. IV, n° 5 ; Soc. 24 juin 1982, *Bull. civ*. V, n° 418 ; Soc. 23 octobre 1991, *Dr. soc.* 1991. 961).

La jurisprudence a cependant posé une importante exception à cette solution de principe. Lorsque le chômage à temps partiel remplit les conditions de l'indemnisation de l'article L. 351-25 précité (L. 5122-1 recod.), l'employeur peut imposer la réduction de travail et la réduction de salaire qui s'en suit, sans que le salarié puisse la refuser. Le salarié qui refuse l'amputation de sa rémunération, n'aura plus que la possibilité de démissionner (Soc. 18 juin 1996, *Gury**, *Bull. civ.* V, n° 252 ; *Grands arrêts*, n° 76). La solution a depuis été confirmée (v. not. Soc. 9 mars 1999, deux arrêts, *Bull. civ.* V, n° 103 et n° 110).

Cette jurisprudence *Gury* réalise une exception à la jurisprudence qui considère que toute réduction du salaire par l'employeur s'analyse en une modification du contrat de travail (sur cette jurisprudence, v. n° 94). En créant de toutes pièces cette exception, juridiquement difficilement justifiable, la Cour de cassation poursuit un objectif très pratique : il s'agit de simplifier le recours au chômage partiel, en espérant ainsi éviter d'éventuels licenciements économiques.

Aussi louable que soit cet objectif, l'opportunité de la solution n'en apparaît pas moins discutable. En interdisant au salarié de choisir d'être licencié plutôt que de voir sa rémunération amputée, la jurisprudence protège l'emploi du salarié contre la volonté de ce même salarié. Les salariés sont en quelque sorte tenus de se soumettre à la baisse de leur rémunération, dans leur propre intérêt. Ne serait-il pas préférable de les laisser choisir par eux-mêmes ce qui leur semble préférable ? D'autant que ceux qui choisiront le licenciement libéreront du temps de travail, lequel pourra permettre de limiter le chômage partiel des autres salariés.

section 3

Concours de causes de suspension

■ 389 Lorsque le contrat de travail est suspendu, il importe de déterminer la cause de cette suspension. À chaque cause de suspension du contrat de travail correspond en effet un régime juridique spécifique. Ainsi, par exemple, le salarié malade bénéficie d'un maintien partiel de son salaire et non le salarié gréviste ; l'indemnité de congés payés ne se calcule pas selon les mêmes règles que la garantie de rémunération en cas de maladie, etc.

Or, la détermination juridique de la cause de la suspension est parfois problématique. On peut se demander, par exemple, si le contrat d'un salarié malade pendant ses congés payés est juridiquement suspendu pour maladie ou pour congés payés. Cette difficulté est désignée sous l'expression de « concours de causes de suspension ».

Black plaque (323,1)

La Cour de cassation a, en la matière, progressivement adopté la solution de principe suivante : la cause de suspension survenue en premier l'emporte sur la cause qui n'est apparue qu'ultérieurement.

Cette solution a été initiée par l'arrêt *Bercot* du 4 juin 1962 (*Bull. civ.* IV, n° 525 ; *Grands arrêts*, n° 77), lequel a considéré comme devant être considéré comme en congé le salarié tombé malade au cours de ses congés payés (dans le même sens, v. Soc. 8 novembre 1984, *Bull. civ*. V, n° 427). À l'inverse, si la maladie a commencé avant la date prévue pour le départ en congé du salarié, celui-ci reste juridiquement considéré comme malade. Le temps de la maladie ne s'impute pas sur le temps des congés et à la date initialement prévue pour son retour, il bénéficie d'un reliquat de congés payés (v. Soc. 4 décembre 1996, *Col**, *Bull. civ.* V, n° 420 ; *Grands arrêts*, n° 79).

Le concours entre grève et maladie est résolu de la même manière. Le salarié gréviste qui tombe malade en cours de grève reste juridiquement considéré gréviste jusqu'à la fin de la grève. Pendant cette période, il ne bénéficie pas des garanties de rémunération normalement associées à la maladie (Soc. 21 avril 1971, *Bull. civ.* V, n° 288 ; Soc. 17 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 405). En revanche, le salarié qui était déjà malade lorsque débute la grève reste juridiquement malade et bénéficie des garanties de rémunération associée à cette cause de suspension (Soc. 16 juillet 1987, *Bull. civ.* V, n° 497).

Cette résolution du concours de causes de suspension selon un critère chronologique semble avoir désormais valeur de principe général de solution en cas de concours de causes de suspension, quelle que soit la nature des causes en concours (v. encore, pour une application de ce critère à un concours entre grève et chômage partiel, Crim. 12 janvier 1971 et Soc. 30 novembre 1971, *Dr. soc.* 1971. 547). La constance de cette jurisprudence tient sans doute à son apparente simplicité et à l'illusoire équilibre qu'elle crée en ne donnant la préséance à aucune cause de suspension sur une autre. Elle apparaît pourtant beaucoup plus difficile à appliquer qu'il n'y paraît au premier abord (§ 1). Elle est aussi difficilement justifiable juridiquement, ce qui a conduit à l'adoption de certaines nuances jurisprudentielles (§ 2).

§ 1 Une jurisprudence difficilement applicable

390 Il est évident qu'un salarié gréviste, tombé malade en cours de grève, ne peut être considéré comme gréviste que tant que la grève dure. Lorsque ses collègues reprennent le travail, le concours de causes de suspension cesse et le salarié redevient juridiquement malade. La date de la « reprise du travail » applicable au salarié gréviste n'en demeure pas moins parfois problématique. Lorsque les salariés reprennent tous ensembles le travail la solution est simple. Mais il arrive que les salariés ne reprennent le travail qu'en ordre dispersé. Il apparaît alors bien difficile de déterminer à quelle date le gréviste-malade reprend virtuellement le travail pour redevenir simple malade. Cesse-t-il le mouvement avec le premier des salariés à cesser le mouvement ? Appartient-il au contraire à la poignée d'irréductibles qui ne reprendra le travail que bien plus tard ?

391 Lorsque la grève s'exerce sur une partie seulement de la journée, la Cour de cassation affirme dans l'arrêt *Fabriques Réunies de Lampes électriques* du 20 février 1980 (*Bull. civ.* V, n° 161 ; *Grands arrêts*, n° 78) que le gréviste tombé malade en cours de mouvement était, dans la même journée, tantôt gréviste avec les autres, tantôt malade. Il est alors

en quelque sorte malade à temps partiel. Cette solution inévitable tant que l'on applique le critère chronologique est excessivement artificielle. Elle pose d'ailleurs plus de questions qu'elle n'en résout.

Ainsi, l'employeur ne doit compléter les indemnités journalières versées par la Sécurité sociale que pendant un certain nombre de jours de maladie (v. loi du 19 janvier 1978 et art. 7 de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation). La maladie à temps partiel s'impute-t-elle sur ce contingent ? Si oui, doit-elle s'imputer *prorata temporis* ? L'arrêt du 20 février 1980 traite en outre comme deux mouvements séparés la grève d'une heure par jour et la grève totale qui la suit. La grève totale est considérée comme nouvelle, elle a donc commencé après que le salarié est tombé malade. Il reste donc considéré comme malade. En quelque sorte, parce que le mouvement s'est durci, le gréviste malade reprend le travail (*sic*). À partir de quand faudra-t-il découper un mouvement de grève en plusieurs mouvements distincts ? Un tel découpage s'avérera souvent très difficile à réaliser, les grèves d'une certaine durée étant souvent évolutives.

392 Si une femme enceinte était en cours de congés payés avant l'ouverture de son congé maternité, faut-il en déduire qu'elle reste vis-à-vis de l'employeur en congés payés ? Si oui, ce dernier peut-il accepter qu'elle travaille pendant cette période un peu originale de congés payés, comme le droit des congés payés l'y autorise ? Le droit des congés payés pourrait-il effacer ainsi l'interdiction d'emploi des femmes enceintes ou ayant récemment accouché que prévoit l'article L. 224-1 du Code du travail (L. 1225-29 recod.), alors même que cette interdiction est pénalement sanctionnée (art. R. 262-7 C. trav.) ?

393 On pourrait multiplier les exemples de difficultés auxquelles conduit le critère chronologique. La simplicité à première vue de ce critère ne résiste guère à l'usage. Il est en outre dépourvu de toute justification juridique, ce qui conduit la jurisprudence à adopter toutes sortes de nuances, qui ne font que complexifier la matière, sans guère permettre de mieux la justifier.

§ 2 Une jurisprudence infondée et chaotique

394 On ne comprend guère pourquoi le fait de tomber malade juste avant ou juste après la date de départ en congé emporte des conséquences aussi diamétralement opposées. Les tentatives maladroites de motivation menées par la Cour de cassation l'attestent. L'arrêt *Col** note simplement que lorsque la maladie est antérieure au départ en congé, l'employeur est tenu d'accorder des congés remplaçant ceux que le salarié n'a pu prendre du fait de la maladie, car alors « l'employeur n'est pas libéré de son obligation » (dans le même sens, v. Soc. 16 février 1999, *préc.*). Il ajoute que, dans le cas inverse l'employeur « s'est acquitté de son obligation » (dans le même sens, v. Soc. 8 novembre 1984, *préc.*), la maladie n'ayant pas, cette fois, empêché la prise de congés. Il est bien évident, en effet, que si l'absence du salarié était une période de congé payé alors l'employeur s'est acquitté de ses obligations en la matière et que si l'absence n'était pas une période de prise des congés, les droits du salarié demeurent. Mais ce sont là des conséquences du choix d'une cause de suspension. Ce ne sont aucunement des justifications de ce choix.

Black plaque (325,1)

395 La difficulté à trouver une motivation est telle que parfois la Cour de cassation n'hésite pas à assouplir, à l'occasion, les conséquences de son critère. Ainsi, par exemple, dans une espèce où un salarié était malade à la date où il aurait dû subir une mise à pied disciplinaire, la Cour considère que la mise à pied s'est effectuée pendant la maladie (Soc. 21 octobre 2003, *Bull. civ.* V, n° 256), et ce bien que la maladie ait commencé avant la mise à pied, et bien que le droit applicable à la maladie ait été entièrement appliqué. Pour la Cour, le salarié n'en a pas moins effectué pleinement sa mise à pied pendant sa maladie, en conséquence de quoi l'employeur ne peut lui demander d'exécuter cette mise à pied à son retour de maladie. Il n'y a plus ici, pour la Cour de cassation, application alternative des régimes juridiques applicables, mais application cumulative.

396 En cas de concours entre grève et maladie, la jurisprudence a aussi fini par nuancer l'application du critère chronologique, pour tenter de mieux fonder son utilisation (v. not. Soc. 20 février 1980, *préc.* et Soc. 17 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 405). L'idée désormais appliquée par la Cour est la suivante. Lorsque le salarié est gréviste avant de tomber malade, on présume que, s'il avait été bien portant, il aurait continué la grève. Il peut donc être considéré comme gréviste. En revanche, s'il tombe malade avant que ne soit commencée la grève, rien ne permet de présumer quelle aurait été son attitude. Et dans le doute, il doit demeurer considéré comme simplement malade.

Le raisonnement a pour conséquence immédiate de permettre à un gréviste tombé malade de se désolidariser du mouvement en cours et de bénéficier ainsi de ses garanties de rémunération (v. en ce sens, Soc. 17 juin 1982, *préc.*). En sens inverse, quoique de manière un peu théorique, il peut permettre à une personne tombée malade avant la grève d'envoyer son soutien par lettre et d'être ainsi privée de sa rémunération complémentaire.

397 Ces assouplissements attestent de la prise de conscience, au sein de la Cour de cassation, de l'impossibilité de maintenir un critère unique permettant de résoudre tous les concours de causes de suspension et de la nécessité de moduler la solution selon la nature des causes de suspensions en concours. La nuance apportée demeure cependant insuffisante pour emporter la conviction.

La grève est un arrêt volontaire du travail et le salarié malade ne peut arrêter *volontairement* le travail. Malade, il est dans l'impossibilité de travailler et son arrêt de travail n'est pas le fruit d'une décision volontaire. De plus la grève est un arrêt de travail qui a pour objet d'exercer une pression afin de faire aboutir des revendications. Or, même si toutes les revendications sont satisfaites, le malade ne peut reprendre le travail dans l'état de santé qui est le sien. Une personne malade, même pleinement solidaire d'avec les salariés en grève, n'exerce de fait aucune pression sur l'employeur par son arrêt de travail. En un mot, la maladie empêche matériellement de faire grève. Au lieu d'un *concours* de causes de suspension, il serait plus réaliste de reconnaître que, lorsqu'un gréviste tombe malade on est en présence d'une *succession* de causes de suspension. Et il serait souhaitable que de telles successions soient reconnues à chaque fois qu'une cause de suspension est clairement incompatible avec l'existence d'une autre cause de suspension.

398 La Cour de cassation a fait un pas dans ce sens en affirmant nettement que les règles de protection de la maternité l'emportaient sur les règles du congé parental

Black plaque (326,1)

d'éducation et ce alors même que c'était en cours de congé parental qu'une salariée était tombée enceinte (Soc. 11 février 2004, *Bull. civ.* V, n° 47). Mais il s'agissait simplement d'affirmer l'application de la protection contre le licenciement des femmes enceintes. Il serait logique d'en déduire que les règles sur le congé maternité doivent aussi bénéficier d'une certaine préséance sur les autres causes de suspension. Mais on ne peut affirmer cette solution, logique, comme de droit positif, tant la matière a déjà pu démontrer qu'elle était capable de défier la raison.

■ 399 La préséance de certaines causes de suspension par rapport à d'autres doit être encouragée. Et ce, même si une telle préséance n'est pas toujours facile à découvrir. Si l'on considère, par exemple, que le droit aux congés payés est l'expression d'un droit au repos ou d'un droit au temps libre et que la maladie n'est ni un temps de repos ni un temps libre, alors les congés auront la préséance sur la maladie. Mais cette nature du droit à congé et cette nature de la maladie peuvent être débattues. Il pourrait être argué que le temps des congés payés est simplement un temps auquel aucun travail ne peut être demandé au salarié par l'employeur. Dans ce cas, le salarié pourrait être considéré comme en congés, alors qu'il est malade.

Choisir de résoudre les conflits de causes de suspension en fonction de la nature de ces causes ne résout pas tous les problèmes. Mais au moins les débats auraient-ils alors l'avantage de placer les questions sur le terrain de la signification des causes de suspension en présence. Le sens serait la source des solutions. Ceci permettrait d'éviter les solutions artificielles auxquelles conduit le critère chronologique.

Black plaque (327,1)

Biblio

- G. Lyon-Caen, « Les travailleurs et les risques économiques », *D*. 1974. Chron. 47.
- J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail : Essai d'une théorie générale*, Sirey, 1980.
- J.-M. Béraud, « Maladie et perte d'emploi », *Dr. soc*. 1991. 579.
- J. Pélissier, « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. soc*. 1991. 608.
- Y. Saint-Jours, « Contrôle médical patronal et responsabilité sous-jacente du médecin contrôleur », *Dr. ouvrier* 1995. 541.
- T. Aubert, B. Pélissier, P.-Y. Verkindt *et al.*, *La santé du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 1999.
- B. Sihol, *Le chômage partiel*, thèse Paris, LGDJ, 1998.

Documents

La maladie

Civ. 3 décembre 1934, *Hôtel Terminus P.L.M.* c. *Dame Spagnoli*, *DH* 1935. 84 ; *Grands arrêts*, n° 71

« La maladie de l'employé ne rompt pas de plein droit le contrat de travail ».

Soc. 13 mars 2001, *Herbaut*, *Bull. civ.* V, n° 84 ; *Grands arrêts*, n° 71

« Attendu que, si l'article L. 122-45 du Code du travail, qui fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du Travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même Code, ne s'oppose pas à son licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif… ».

Soc. 7 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 196

« … l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout travail s'entend nécessairement d'une inaptitude à tout emploi dans l'entreprise ; qu'un tel avis ne dispense pas l'employeur de rechercher une possibilité de reclassement au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail… ».

Black plaque (328,1)

Le chômage partiel

Soc. 18 juin 1996, *Gury*, *Bull. civ.* V, n° 252 ; *Dr. soc.* 1996. 978, obs. H. Blaise ; *Grands arrêts*, n° 76

« … la mise au chômage partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation, prévue par l'article L. 351-25 du Code du travail, ne constitue pas une modification des contrats de travail ».

Les concours de cause de suspension

Soc. 4 décembre 1996, *Col*, *Bull. civ.* V, n° 420 ; *Grands arrêts*, n° 79

« … si le salarié qui tombe malade au cours de ses congés payés ne peut exiger de prendre ultérieurement le congé dont il n'a pu bénéficier du fait de son arrêt de travail, l'employeur s'étant acquitté de son obligation à son égard, le salarié dont le contrat de travail est déjà suspendu par un arrêt de travail pour maladie à la date des départs en congé fixée par l'employeur conserve son droit à congé et peut demander à en bénéficier ultérieurement en sorte que l'employeur, qui n'est pas libéré de son obligation, demeure tenu de lui permettre d'exercer ce droit pour la part de congé non prise du fait de l'arrêt de travail, lorsque celui-ci prend fin avant que ne soit close la période des congés payés… ».

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

Les salariés de l'entreprise A***, afin d'obtenir une augmentation des salaires, cessent le travail une heure par jour pendant tout le mois d'octobre 2007. Devant le refus persistant de l'employeur, dès le 7 novembre 2007, commence une grève basée sur des arrêts de travail brefs et répétitifs : les salariés cessent le travail 5 minutes toutes les 30 minutes de travail. La grève dure jusqu'au 30 novembre, date à laquelle un arrangement est trouvé entre l'employeur et les grévistes.

M. Fatiguet, qui a 4 ans d'ancienneté dans l'entreprise, est gréviste depuis le début du mouvement. Il tombe malade et s'absente, pour cette raison, à partir du 15 octobre inclus.

La convention collective sur la mensualisation de 1977 est la seule convention collective applicable dans l'entreprise à prévoir des avantages en matière de congés maladie.

L'employeur vous demande sur quelles bases il doit payer les mois d'octobre et de novembre à M. Fatiguet. On suppose que les mouvements d'arrêt de travail sont pleinement licites. M. Fatiguet a envoyé un certificat médical en bonne et due forme, dans les délais impartis et sa maladie est non professionnelle.

Corrigé

Pour les 14 premiers jours d'octobre, la solution est simple, M. Fatiguet est gréviste une heure par jour, son salaire peut être amputé de cette heure d'absence.

Black plaque (329,1)

Pour les 17 derniers jours d'octobre, sauf lettre de désengagement de sa part, M. Fatiguet est considéré comme gréviste, une heure par jour en application du critère chronologique de résolution des concours de cause de suspension. Le reste du temps, il est considéré comme malade (v. not. Soc. 20 février 1980, *supra*, n° 391).

Comment appliquer alors l'accord sur la mensualisation de 1977 ? Celui-ci prévoit une indemnisation à hauteur de 90 % du salaire à partir du 11e jour d'absence pour maladie et ce pendant 30 jours, pour les salariés de plus de 3 ans d'ancienneté et de moins de 8 ans d'ancienneté, comme c'est le cas de M. Fatiguet (art. 7 de l'accord). À compter du 25 octobre, il bénéficie donc au salarié malade (on suppose que le délai de 10 jours de maladie sans complément n'est pas accru, bien que le salarié ne soit pas seulement malade, mais aussi gréviste à temps partiel, pendant ces 10 jours). À partir du 25 octobre le salarié ne bénéficie du complément de salaire que s'il est malade et non s'il est gréviste. Il apparaîtrait alors « logique » d'accorder au salarié 90 % du salaire qu'il recevait antérieurement, c'est-à-dire 90 % du salaire amputé d'une heure pour fait de grève, pour la dernière semaine d'octobre et la première semaine de novembre.

À partir du 7 novembre, les modalités de la grève ont changé. Est-ce suffisant pour qu'il s'agisse d'une nouvelle grève ? La solution est douteuse. On sait que le durcissement de la grève passant d'une heure par jour à une grève totale a été considéré comme un changement de nature, comme une nouvelle grève (v. Soc. 20 février 1980, *préc.*). Mais en l'espèce le changement est moins flagrant. Si on suppose que les salariés travaillent normalement 8 heures par jour avec une pause en milieu de journée, les nouvelles modalités de la grève les conduisent à faire grève pendant 65 minutes. Si la grève est de même nature, il faudra réduire d'autant le salaire sur lequel est compté le pourcentage de maintien du salaire dû. Sinon, le salarié redevient pleinement et exclusivement malade et il touche un pourcentage calculé sur son plein salaire.

Mais quel est le pourcentage appliqué ? Le maintien à hauteur de 90 % de la rémunération n'est dû, selon l'accord, que pendant 30 jours. Le salarié a déjà bénéficié de cette clause, pendant 14 jours. Mais il n'en a pas pleinement bénéficié, puisque les 90 % n'étaient maintenus que par rapport à un salaire amputé. Il suffit d'imaginer que la grève, au lieu d'être d'une heure par jour, était de 7 heures 45 par journée de 8 heures, un quart d'heure de travail étant effectué pour des raisons de sécurité. Dans une telle hypothèse, le maintien du salaire du malade n'aurait été que de 90 % du 32e de la rémunération, autrement dit presque rien. Et ce presque rien vaudrait comme le plein bénéfice des règles protectrices en matière de maladie ? Cela paraît peu concevable. Faut-il dire que les jours de maintien partiel du salaire ne doivent être que partiellement imputé au prorata de la rémunération qu'ils ont sauvegardée ?

La situation est en toute hypothèse parfaitement ubuesque : ce mélange de droit de la grève et de droit de la maladie appliqué à un salarié malade confine à l'absurde (v. *supra*, les critiques du critère chronologique).

Black plaque (331,1)

chapitre 16

Transferts d'entreprise

Black plaque (332,1)

Plan analytique

section 1

Domaine

section 2

Effets

§ 1 Un transfert imposé aux employeurs successifs

§ 2 Un transfert imposé aux salariés

Black plaque (333,1)

16

Transferts d'entreprise

La question de départ est simple. Une entreprise change de mains. Les salariés avaient contracté avec l'ancien propriétaire. Ils n'ont rien conclu avec le nouveau propriétaire. Les salariés se retrouvent ainsi liés à une personne qui n'a plus de travail à fournir. L'acquéreur, lui, a besoin de travail, mais il n'a aucun salarié. L'intérêt des salariés est généralement de conserver leur emploi et donc de continuer leur travail avec l'acquéreur de l'entreprise. L'intérêt de cet acquéreur est généralement de reprendre les anciens salariés, qui connaissent l'entreprise, ont un savoir-faire spécifique, etc. La solution s'est vite imposée : les salariés suivent le sort de l'entreprise, ils sont en quelque sorte transférés avec l'usine. De manière un peu plus précise, on dit qu'en cas de transfert d'entreprise, les contrats individuels de travail sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. 400

Cette règle consensuelle dans son principe, est l'une des premières exceptions à l'effet relatif des contrats à avoir été édictée. Elle est issue de la loi 19 juillet 1928, actuellement reproduite à l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail. Le droit européen a repris cette solution dès 1977 (Dir. 77/187 du 14 février 1977). Elle est aujourd'hui reformulée par la directive 2001/23 du 12 mars 2001. L'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code n'est donc, désormais qu'une transposition en droit français du droit européen. Il doit en conséquence être interprété conformément à la jurisprudence européenne. 401

Cette jurisprudence est dense, précise et directement appliquée tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État. Le droit français en la matière est donc aujourd'hui, pour l'essentiel, du droit européen. Ce n'est que dans la mesure où ce dernier laisse une marge de choix qu'une jurisprudence proprement française peut exister. Mais cette mesure est assez restreinte.

Le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'une entité économique est une règle située au cœur des mouvements qui affectent l'organisation des entreprises. Elle traite d'une réalité souvent brutale, faite d'externalisation, de destruction de filiales, de concentration et de bien d'autres formes de « restructurations » ou de « déstructurations ». Son domaine d'application (section 1) et ses effets (section 2) sont le lieu d'importants débats. 402

section 1

Domaine

Le maintien des contrats de travail est clair lorsque rien ne change si ce n'est le titulaire du pouvoir de direction. Les bâtiments, les clients, les machines, les salariés, 403

tout reste, sauf l'employeur. Alors le maintien des contrats de travail est évident. La difficulté vient du fait que les restructurations ne sont que rarement des moments de stabilité exemplaires. Et, surtout, les opérations qui peuvent prendre les emplois comme objets sont d'une variété quasi infinie. Le champ d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail n'a jamais pu, dans un tel contexte, être dessiné qu'avec une certaine zone de flou.

■ 404 Les premières interprétations du domaine de ce qui allait devenir l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) furent très larges. Le raisonnement inauguré par l'arrêt *Goupy* du 27 février 1934* était très simple. Aux termes de l'arrêt, la règle est « destinée à assurer aux salariés des emplois plus stables ». Ce fondement connu, le sens de la règle devenait clair : à chaque fois qu'une opération conduit à déplacer un emploi, le salarié doit suivre. Il y aurait une sorte de droit du salarié à conserver son emploi, voire un droit réel du salarié sur son emploi. Le champ d'application de la règle, logiquement, s'étendrait alors à toutes les hypothèses dans lesquelles l'emploi du salarié est transféré.

■ 405 Pareil champ d'application peut cependant apparaître excessivement large. On le comprendra mieux au travers d'un exemple. Soit une entreprise Pom qui aurait conclu un contrat de maintenance informatique avec une entreprise Info. L'entreprise Pom est mécontente du travail de maintenance réalisé. Elle rompt le contrat qui la liait avec l'entreprise Info et conclut un nouveau contrat de maintenance avec l'entreprise Rmatic. On suppose que le travail de maintenance informatique au sein de l'entreprise Pom correspond à un emploi à plein temps. Cet emploi était auparavant présent au sein de l'entreprise Info. Depuis le changement de prestataire de service, c'est l'entreprise Rmatic qui détient cet emploi.

Le changement prestataire de service a déplacé un emploi. Selon la logique de la jurisprudence *Goupy*, le salarié doit suivre son emploi. L'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) doit donc jouer : le salarié chargé de la maintenance informatique chez Pom, M. X, change d'employeur : il devient salarié de Rmatic.

Cette solution peut être mal vécue par tous les intéressés. L'entreprise Pom avait changé de prestataire de service parce qu'elle se plaignait du travail de M. X et, lorsqu'elle voit que l'entreprise Rmatic lui renvoie le même M. X, elle peut être sérieusement déçue. L'entreprise Rmatic ne souhaite pas forcément récupérer les salariés des concurrents à chaque fois qu'elle gagne un nouveau contrat de maintenance. Quant à M. X, il a peut-être les meilleurs rapports avec l'entreprise Info, entreprise au sein de laquelle existe une collectivité de travail dans laquelle il est intégré. Et cette entreprise sera peut-être très contente de le conserver, en l'affectant sur d'autres missions. Plus généralement, à chaque fois qu'une entreprise change de fournisseur, il apparaît excessif d'imposer au nouveau fournisseur une partie du personnel de l'ancien.

■ 406 Ce type de constatation a conduit la jurisprudence à restreindre le champ d'application de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.). C'est tout le sens de l'arrêt d'Assemblée plénière *Nova*, du 15 novembre 1985*. Aux termes de cet arrêt, « la seule perte d'un marché » ne peut pas suffire à enclencher le transfert des contrats individuels de travail. Dire que la seule perte d'un marché ne suffit pas, cela revient à dire que le seul déplacement de l'emploi ne suffit pas. Il restait à tenter de définir positivement ce qui, dès lors, était nécessaire. Il a vite été compris que le déclencheur du changement

Black plaque (335,1)

d'employeur était le transfert non pas seulement d'emplois, mais de quelque chose d'un peu plus organisé, d'une entreprise ou d'un morceau d'entreprise suffisamment structuré (l'idée était au demeurant déjà suggérée par l'arrêt *Goupy**). La notion d'« entreprise » étant aussi indéfinie que conflictuelle, l'usage du mot a cependant été évité. Le « truc » que les salariés suivent en cas de transfert a été baptisé du nom, très ouvert, d'« entité économique ».

Toute la question est donc de définir cette « entité économique » à laquelle les salariés et leurs emplois sont attachés.

En droit français, l'essentiel a été accompli par trois arrêts de l'Assemblée plénière du 16 mars 1990 (*Bull. Ass. plén.,* n° 4 ; *Grands arrêts*, n° 61), arrêts par lesquels la Cour de cassation a fermement affirmé son intention se suivre, désormais, la jurisprudence européenne. C'est à cette dernière qu'il est donc revenu d'établir certains critères, lesquels ont, depuis, été repris et synthétisés par voie de directive. 407

Aujourd'hui, l'article 1.1, b) de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 définit ainsi l'entité à laquelle les contrats de travail sont attachés : il s'agit d'« une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». 408

En principe, le transfert doit donc comprendre non seulement du travail, mais encore certains des « moyens » avec lesquels ce travail est réalisé. Il ne suffit pas de transférer un marché. Il faut aussi transmettre des moyens corporels (des machines, des camions, des locaux, etc.) ou incorporels (marques, brevets, listes de clients, droit au bail, etc.). Les idées de maintien de « l'identité » et d'« ensemble organisé » signifient qu'une certaine continuité dans l'organisation doit être perceptible entre l'avant et l'après transfert.

Ces exigences étaient *a priori* cumulatives. Mais, dans une matière aussi difficile à saisir que les restructurations, l'excessive rigueur est à proscrire. Une certaine marge d'appréciation demeure. Et l'on chercherait en vain des certitudes applicables mécaniquement.

Dans les entreprises très mécanisées, le transfert des machines sera un indice essentiel. Lorsqu'en revanche l'activité repose essentiellement sur de la main-d'œuvre, comme dans les entreprises de nettoyage, aucun moyen particulier ne peut être transféré, ces moyens, corporels ou non, n'existant qu'à l'état de trace (trois balais et deux éponges...). Alors, l'absence de transfert d'éléments corporels ou incorporels ne pourra pas empêcher le transfert des contrats. Les « moyens » visés par la directive seront simplement des moyens humains. Le maintien de l'identité, de l'organisation peut donc, alors, suffire. Dans l'arrêt de la Cour de justice européenne du 24 janvier 2002, *Temco Services**, le maître critère a été le maintien de la collectivité de travail : celle-ci avait survécu au transfert, une partie importante du personnel ayant été reprise par le nouveau détenteur du marché de nettoyage. Cette collectivité maintenue, toujours affectée aux mêmes travaux, était en elle-même une entité économique conservant son identité, ce qui faisait entrer l'opération dans le champ du maintien impératif des contrats de travail. 409

Le maintien de l'identité, expressément exigé, rend nécessaire une certaine ressemblance entre l'avant et l'après. Si le nouveau fournisseur travaille d'une manière radicalement distincte, en d'autres lieux, avec d'autres machines, aucun des salariés 410

de l'ancien fournisseur ne sera transféré. Il n'est pas question toutefois d'exiger une parfaite, une exacte identité. Certains changements sont toujours peu ou prou réalisés par le repreneur, sans que cela signifie que les contrats sont rompus. Ainsi, entre l'avant et l'après, l'entité économique peut fort bien être passée du privé au public (lors de la reprise en gestion directe de services publics), ou du public au privé (lors de la concession d'un service public à une entreprise privée). Dès lors que l'organisation, les emplois et certains éléments corporels ou incorporels sont transférés à cette occasion, les salariés doivent suivre, alors même qu'un changement important de statut a lieu : de salariés de droit privé, les travailleurs deviennent des travailleurs de droit public (CJCE 26 septembre 2000, *Mayeur,* C179/99, *Rec. CJCE,* p. I-7755 ; Soc. 14 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 3 ; *Dr. soc.* 2003. 437, obs. A. Mazeaud ; CE 22 octobre 2004, *Lamblin**, solution entérinée et précisée depuis par la loi du 26 juillet 2005, art. 20).

■ 411 Par-dessus tout, la souplesse dans l'interprétation des critères peut être utilisée pour élargir ou restreindre le domaine du maintien des contrats selon les enjeux pratiques de l'espèce. En ce sens, on peut citer le symptomatique arrêt *Perrier-Vittel* du 18 juillet 2000*. En l'espèce, la société Perrier-Vittel France avait l'intention de céder une activité de fabrication de palettes, avec ses locaux et ses machines, son organisation du travail et son personnel. Tous ces éléments n'ont pas suffi : selon la Cour de cassation, l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) n'était pas applicable. La solution était motivée par l'absence d'« autonomie » de l'unité transférée. Un tel critère, nouveau, s'intègre mal au droit européen, lequel vise expressément le transfert d'activités « accessoires » (art. 1.1, b), *préc.*) comme occasion de transfert des contrats de travail.

L'importance qu'a ici reçue l'idée « d'autonomie » ne doit pas être surestimée. Ce sont plutôt les faits de l'espèce qui semblent avoir dicté cette nouvelle interprétation, très restrictive. Il s'agissait d'une opération d'externalisation. Les salariés concernés souhaitaient rester des salariés de la société Perrier-Vittel. En revanche, cette société espérait bien se débarrasser de ses salariés, sans avoir à verser d'indemnités de licenciement, en transférant son activité de palettes. Pour tenter de bloquer l'opération, le comité d'entreprise avait agi pour faire dire que l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) serait inapplicable. Il faut déduire de l'arrêt *Perrier-Vittel* que, lorsque l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) s'oppose aux intérêts des salariés son champ d'application peut être interprété de manière assez restrictive.

Pareille variation du domaine d'application du texte en fonction des intérêts en cause se comprend, en pratique. Mais, en toute rigueur juridique, il eut été plus logique d'affirmer l'unité conceptuelle de l'« entité économique » dont le transfert déclenche le changement d'employeur, tout en acceptant par ailleurs de moduler les effets de l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) selon que les salariés acceptent ou refusent l'opération. Mais cette question relève de la section suivante.

Black plaque (337,1)

section 2

Effets

412 En cas de transfert d'« unité économique » au sens défini ci-dessus, l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail produit un effet simple : les contrats individuels de travail sont maintenus. L'ancien contrat demeure. Mais il lie désormais le salarié à un nouvel employeur.

Ce maintien à l'identique du contrat produit toutes ses conséquences. Le salarié conserve son ancienneté, son salaire, ses fonctions, etc. Si le nouvel employeur veut faire évoluer les éléments du contrat, il devra obtenir l'accord du salarié, selon les règles habituelles en matière de modification du contrat de travail.

Les engagements unilatéraux sont eux aussi maintenus (v. not. Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 479 ; Soc. 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 161 ; Soc. 22 novembre 2006, pourvoi n° 05-40018 ; *RDT* 2007.102, obs. P. Waquet). En revanche, le sort des conventions collectives, des institutions représentatives du personnel et des délégués syndicaux est plus complexe.

Les deux principales questions juridiques sont, d'une part, de savoir si les employeurs successifs peuvent éluder le transfert des contrats (§ 1) et d'autre part de savoir si le salarié peut s'opposer à son transfert (§ 2).

§ 1 Un transfert imposé aux employeurs successifs

413 L'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) est d'ordre public pour l'ancien comme pour le nouvel employeur. Le transfert s'impose. Les actes des employeurs successifs qui bloqueraient le transfert sont donc, en principe, illicites. Les licenciements prononcés juste avant ou juste après le transfert sont donc *a priori* prohibés. Les licenciements prononcés « à l'occasion » du transfert sont nuls, « sans effets » dit la Cour de cassation (v. Soc. 20 mars 2002, *Maldonado* *) et ce par application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (L. 1224-1 recod.) (v. aussi, Soc. 31 mars 1998, *Hazebrouck*, *Bull. civ.* V, n° 181).

414 Cette prohibition momentanée du licenciement demande cependant à être nuancée. Ce sont en effet surtout les licenciements prononcés peu avant le transfert qui sont privés d'effets.

415 Une fois le transfert réalisé, la question est plus complexe. Le nouvel employeur recouvre en principe le droit de licencier, mais l'exercice de droit est d'autant plus surveillé que le transfert est récent. Un licenciement qui suit juste le transfert est éminemment suspect d'être un contournement de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail, une manière de l'éluder.

Le transfert ne saurait être en lui-même un motif de licenciement (en ce sens, v. l'art. 4 § 1 de la directive du 12 mars 2001). Plus généralement, dès lors qu'il est montré que les mesures prises après le transfert ont pour finalité d'éluder le maintien des contrats de travail, elles sont illicites (Soc. 14 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 9 : mutation demandée pour éluder le transfert). Mais cela ne signifie pas que le licenciement juste

après le transfert soit totalement interdit. Cela signifie plutôt que, lorsqu'il licencie peu après le transfert, le nouvel employeur doit non seulement prouver une cause réelle et sérieuse, mais qu'il doit aussi prouver que cette cause est indépendante du transfert réalisé.

■ 416 Lorsqu'un licenciement est prononcé par l'employeur en violation de l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.), la Cour de cassation considère qu'il est « privé d'effet » (Soc. 15 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 67 ; *Dr. soc.* 2006. 572-573, obs. A. Mazeaud), ce qui revient à le considérer comme nul. Le salarié a alors une option (v. not. Soc. 28 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 28 ; Soc. 20 mars 2002, *préc.* ; Soc. 15 février 2006, *préc.*) : il peut demander sa réintégration, c'est-à-dire la poursuite de son contrat avec le cessionnaire de l'entreprise. Il peut aussi se contenter de constater la faute commise par l'employeur qui l'a licencié et demander des dommages-intérêts. Selon le droit commun de la nullité du licenciement, il doit alors obtenir des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, auxquelles devront s'ajouter les salaires perdus entre la date du licenciement et la date ou la nullité de ce licenciement a été prononcée (sur la nullité du licenciement, v. n°s 498 et s.).

§ 2 Un transfert imposé aux salariés

■ 417 Le salarié peut-il s'opposer à son transfert ? La question est importante. Le salarié a contractuellement accepté d'être soumis à tel employeur. Peut-on lui imposer un nouveau maître sans qu'il ait son mot à dire ? Le salarié cédé doit-il être traité comme un bien transférable ?

Ces questions laissent à penser que le droit au refus doit non seulement être accordé, mais qu'il est même une liberté fondamentale du salarié. C'est au demeurant en ce sens que s'est prononcée la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt *Katsikas** du 16 décembre 1992* : « Une telle obligation (de changer d'employeur) mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi » (pt. 32). La Cour en déduit logiquement que la directive n'interdit pas qu'un *travailleur* « décide de s'opposer au transfert de son contrat ou de sa relation de travail et, ainsi, de ne pas bénéficier de la protection que lui accorde la directive » (pt. 33). L'arrêt, jusqu'ici, est on ne peut plus clair : le salarié a le droit de s'opposer au transfert. Il peut renoncer à un texte dont le but est de le protéger.

■ 418 La cause semble entendue. Elle ne l'est pas. La Cour de justice des Communautés européennes affirme, dans le même arrêt, quelques lignes plus loin, que ce droit d'opposition peut être, si les États membres le décident, une simple faculté de démissionner (CJCE 16 décembre 1992, *Katsikas*, *préc.*, pt. 36 et dans le même sens, CJCE 24 janvier 2002 *Temco Services*, *préc.*, pt. 36).

■ 419 La Cour de cassation s'est emparée de cette possibilité pour maintenir sa jurisprudence antérieure et refuser tout véritable droit d'opposition au salarié. Le salarié n'a qu'un choix, soit il se soumet, soit il démissionne. Le salarié peut exprimer son refus d'être transféré, cela n'a aucun effet tant qu'il ne démissionne pas (v. cpdt. la motivation étrange de Soc. 10 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 295 ; *RDT* 2007. 390, obs.

Black plaque (339,1)

P. Waquet, arrêt qui semble ouvrir la porte à un refus qualifié de « démission ». Cette motivation de l'arrêt, sans influence sur la solution de l'espèce, semble être une simple maladresse, et ne pas avoir la portée d'une remise en cause de la jurisprudence sur la notion de « démission », sur laquelle, v. n° 433-336).

Il est encore plus frappant de noter que le premier employeur d'un salarié qui refuse le transfert ne peut même pas décider efficacement de le licencier. Ce licenciement, qui permettrait de bloquer le transfert est « privé d'effet ». Le salarié licencié parce qu'il a refusé le changement d'employeur n'a droit à aucune indemnité de rupture. Il n'a droit qu'à sa réintégration dans l'entreprise du cessionnaire, au maintien de son contrat de travail (Soc. 11 mars 2003, *Voisin* c. *SA Plast'lux et autres, Dr. soc.* 2003. 474, rapport P. Bailly ; *Grands arrêts*, n° 63 ; Soc. 14 décembre 2004, *Auchan**).

420

Dans un même mouvement, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu la liberté du salarié « de choisir son employeur » et elle a autorisé les juges à bafouer ce droit. Lorsqu'il n'est pas d'autres moyens de refuser une décision patronale que la démission, on dit que la décision « appartient au pouvoir de l'employeur ». À l'inverse, lorsqu'un droit au refus est accordé, le contrat est maintenu dans son état antérieur. C'est se payer de mot que de prétendre d'une main que le salarié a une « liberté de choisir son employeur » pour ajouter de l'autre main que le changement d'employeur s'impose au salarié sauf démission de sa part. Ceci est en pure contradiction avec cela. Cette contradiction est expressément autorisée par la Cour de justice des Communautés européennes. Et la Cour de cassation en a profité. Elle n'en demeure pas moins une contradiction.

Le salarié est-il cédé comme les machines le sont ? A-t-il son mot à dire ou doit-il être traité comme un bien transférable ? À ces questions posées en début de paragraphe il est maintenant possible de répondre. En droit français, malgré l'hypocrisie de la Cour européenne, la réponse est clairement : oui.

Pire encore, cette solution dépasse, pour la jurisprudence, le cadre de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail. Pour la Cour de cassation, le titulaire du pouvoir de direction n'est pas, en principe, un élément du contrat. Un employeur peut ainsi transmettre son pouvoir de direction à un tiers sans que le salarié ne puisse s'y opposer : la mise à disposition du salarié auprès d'une autre société n'est pas considérée, *a priori*, comme une modification du contrat de travail (Soc. 15 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 88). Le seul cas dans lequel le salarié semble pouvoir s'opposer est celui d'un changement d'employeur (et non pas seulement d'un changement de détenteur du pouvoir de direction), hors les cas de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) (Soc. 9 novembre 2005, *Sté Sécuritas*, *Dr. soc.* 2006. 273, obs. A. Supiot). C'est bien peu... En dehors de cette exception, le principe demeure : le serf ne choisit pas son seigneur et, en droit français actuel, le salarié non plus.

Black plaque (340,1)

Biblio

- G. Couturier, « L'article L. 122-12 du Code du travail et les pratiques d'"externalisation" », *Dr. soc*. 2000. 845 (à propos des arrêts *Perrier-Vittel* du 18 juillet 2000).
- F. Gaudu, « Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise », *Dr. soc*. 2001. 471.
- A. Mazeaud, « Licenciements économiques à l'occasion du transfert d'entreprises : les droits des salariés », *Dr. soc*. 2003. 482.
- B. Teyssié, J.-F. Cesaro, F. Favennec-Héry, A. Mazeaud, J.-M. Olivier, P.-Y. Verkindt, et
- P. Morvan, « Les transferts d'entreprise en droit social », *Dr. soc*. juillet-août 2005, n° spécial, p. 715-788.
- A. Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre – En finir avec l'envers de l'article L. 122-12, alinéa 2 », *Dr. soc.* 2006. 264-273.
- C. Wolmark, « Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif », *RDT* 2006. 159-167.
- « Faut-il reconnaître au salarié la faculté de refuser le transfert de son contrat de travail ? », Controverse entre Y. Chagny et P. Rodière, *RDT* 2007. 216-221.

Documents

Domaine

Civ. 27 février 1934, *Goupy*, *DH* 1934. 252 ; *Gaz. Pal.* 1934. 2. 40 ; *S.* 1934.1.179 ; *Grands arrêts*, n° 60

« Vu le paragr. 7 de l'article 23 nouveau, livre 1er C. trav. (actuel art. L.-122-12 et L. 1224-1 recod., C. trav.) ;

Attendu que ce texte, destiné à assurer aux salariés des emplois plus stables, doit recevoir application dans tous les cas où la même entreprise continue à fonctionner sous une direction nouvelle ».

Ass. plén. 15 novembre 1985, *Nova services*, *Bull. civ.* V, n° 7 ; *Dr. soc.* 1986. 1, concl. G. Picca, note G. Couturier

« … l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ne reçoit application qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur ; qu'une telle modification ne peut résulter de la seule perte d'un marché ».

Soc. 18 juillet 2000, *Perrier Vittel*, *Bull. civ.* V, n° 285 ; *Dr. soc.* 2000. 850

« … constitue une entité économique pour l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre ; que la reprise par un autre employeur d'une activité secondaire ou accessoire de l'entreprise n'entraîne le maintien des contrats de travail que si cette activité est exercée par l'entité économique autonome ».

Black plaque (341,1)

CE 22 octobre 2004, *Lamblin*, *Dr. soc.* 2005. 44, concl. du commissaire du gouvernement E. Glaser, p. 37

« Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure, ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt n° C-175/99 du 26 septembre 2000, où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle ; que, dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat ; qu'en revanche, la garantie résultant des dispositions précitées ne peut être utilement invoquée à l'appui d'une contestation des conditions dans lesquelles la personne publique aurait procédé à leur titularisation dans un emploi, corps ou cadre d'emplois de la fonction publique ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'article L. 122-12 du code du travail, interprété au regard de la directive du 14 février 1977, ne conférait à M. X aucun droit à être titularisé en qualité d'aide technique de laboratoire ».

CJCE 24 janvier 2002 *Temco Services*, C-51/00 (l'arrêt affirme que le transfert des contrats a lieu)

« 26… dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique. Une telle entité est, en conséquence, susceptible de conserver son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétences, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche (arrêt du 11 mars 1997, *Süzen*, C-13/95, *Rec. CJCE*, p. I-1259, pt. 21). Concernant une entreprise de nettoyage, un ensemble organisé de salariés qui sont spécialement et durablement affectés à une tâche commune peut, en l'absence d'autres facteurs de production, correspondre à une entité économique (arrêt du 10 décembre 1998, *Hernández Vidale.a.*, *Rec. CJCE*, p. I-8179, pt. 27)… ».

Effets

CJCE 16 décembre 1992, *Katsikas*, *Rec. CJCE*, p. I-6577

« 31… la directive, (…) ne saurait être interprétée comme obligeant le travailleur à poursuivre la relation de travail avec le cessionnaire.

32. Une telle obligation mettrait en cause les droits fondamentaux du travailleur, qui doit être libre de choisir son employeur et ne peut pas être obligé de travailler pour un employeur qu'il n'a pas librement choisi.

Black plaque (342,1)

33. Il suit de là que les dispositions de l'article 3, paragraphe 1, de la directive ne font pas obstacle à ce qu'un travailleur décide de s'opposer au transfert de son contrat ou de sa relation de travail et, ainsi, de ne pas bénéficier de la protection que lui accorde la directive. (...)

35. ... dans l'hypothèse où le travailleur décide librement de ne pas poursuivre le contrat ou la relation de travail avec le cessionnaire, la directive ne fait pas obligation aux États membres de prévoir que le contrat ou la relation de travail est maintenu avec le cédant. Dans une telle hypothèse, il appartient aux États membres de déterminer le sort réservé au contrat ou à la relation de travail.

36. Les États membres peuvent, en particulier, prévoir que, dans ce cas, le contrat ou la relation de travail doit être considéré comme résilié soit à l'initiative du salarié soit à l'initiative de l'employeur. Ils peuvent aussi prévoir que le contrat ou la relation de travail est maintenu avec le cédant ».

CJCE 24 janvier 2002 *Temco Services*, (suite de l'arrêt précité)

« 36. bien que le transfert du contrat de travail s'impose ainsi tant à l'employeur qu'au salarié, la Cour a admis la faculté pour ce dernier de refuser que son contrat de travail soit transféré au cessionnaire (v., notamment, arrêt du 16 décembre 1992, *Katsikas e.a.*, C-132/91, C-138/91 et C-139/91, *Rec. CJCE*, p. I-6577, pts. 31 à 33). Dans ce cas, la situation du salarié dépend de la législation de chaque État membre : soit le contrat qui lie le salarié à l'entreprise cédante peut être résilié à l'initiative de l'employeur ou à celle du salarié, soit le contrat peut être maintenu avec cette entreprise (v., notamment, arrêt *Katsikas e.a.*, précité, pt. 36) ».

Soc. 20 mars 2002, *Maldonado*, *Bull. civ.* V, n° 94 ; *Dr. soc.* 2002. 519, obs. A. Mazeaud

« Mais attendu que le licenciement d'un salarié prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie, est privé d'effet ; que le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant ».

Soc. 14 décembre 2004, *Auchan*, *Bull. civ.* V, n° 331 ; *Dr. soc.* 2005, 229, obs. C. Radé

« Attendu, cependant, que le changement d'employeur résultant de plein droit du transfert d'une entité économique autonome s'impose tant aux employeurs successifs qu'aux salariés concernés ; qu'il en résulte que le licenciement prononcé par le cédant est privé d'effet et que le salarié licencié en raison de son refus de changer d'employeur ne peut prétendre au paiement d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts » (licenciement opéré par l'employeur à la suite d'une opération d'externalisation de certaines de ses activités de transport et du refus du salarié d'être transféré).

Black plaque (343,1)

Quiz

Exercice corrigé : cas pratique

Énoncé

La société Boisnet est une société de fabrication de meubles en bois, qui commercialise ses produits exclusivement par Internet. Elle emploie 350 salariés. Les activités de fabrication et de maintenance informatique sont assurées à Chalon-sur-Saône. L'entreprise possède en outre un entrepôt à Dijon, au sein duquel les meubles finis sont emballés, stockés et d'où partent les livraisons. Cet établissement emploie 20 salariés. Sa direction est confiée à M. Kauléric, individu dont l'incompétence ne fait que s'aggraver avec le temps.

Pour cette raison, mais aussi afin de concentrer l'activité de l'entreprise sur son métier principal, il est décidé d'externaliser les tâches d'emballage, de stockage et de transport. Des pourparlers sont engagés en ce sens avec la société Vitetbien, laquelle accepterait de reprendre l'entrepôt de Dijon et le personnel qui y est affecté. La société Vitetbien, qui comprend par ailleurs 2 750 salariés, assure qu'elle ne bouleversera pas l'organisation de l'établissement. Le comité d'entreprise de la société Boisnet, consulté sur ce projet le 1er février 2007, désapprouve à l'unanimité le projet. Un contrat qui réalise l'opération est cependant signé le 30 avril 2005 entre les sociétés Boisnet et Vitetbien. M. Kauléric est licencié pour incompétence professionnelle le 10 mai 2007. Avant le transfert, M. Kauléric était secondé par trois responsables d'équipes. Après le départ de Kauléric, les trois responsables d'équipes deviennent la « direction collégiale de l'établissement de Dijon ».

Pour le principe, M. Grognon, salarié qui travaille à l'entrepôt de Dijon avait envoyé le 2 mai une lettre affirmant qu'il refusait de passer au service d'un nouvel employeur. Mais il a continué d'effectuer son travail normalement, au sein de la société Vitetbien. En janvier 2008, la société Vitetbien décide de fermer son établissement de Dijon et de reporter ses activités sur d'autres sites. Le 1er mars 2008, à la suite de cette décision, M. Grognon est licencié pour motif économique. On suppose que la procédure a été pleinement respectée et que la réalité et le sérieux du motif sont incontestables. M. Grognon vous demande s'il ne pourrait pas se retourner contre la société Boisnet.

Corrigé

Il est nécessaire, tout d'abord, de savoir si l'opération entre dans le champ d'application de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail.

L'argumentation devra reprendre l'ensemble les définitions issues de la directive et de la jurisprudence. Elle devra s'attacher à chacun des éléments de ces définitions. Les principales difficultés touchent la question du maintien de l'identité de l'unité transférée. Le changement intervenu dans l'organisation hiérarchique ne semble pas suffire à caractériser le changement d'identité, d'autant que la collectivité de travail est restée, pour l'essentiel, inchangée. En revanche, la discussion est plus ouverte, lorsque l'on mentionne la disparition de l'établissement quelques mois plus tard : cette disparition était-elle déjà programmée ? Est-elle la suite du transfert ? Si oui, l'établissement n'a pas gardé son identité. Il faut aussi citer l'arrêt *Perrier-Vittel* 18 juillet 2000*, lequel montre que le champ d'application de l'article L. 122-12 alinéa 2

Black plaque (344,1)

(L. 1224-1 recod.) de la Cour de cassation s'interprète restrictivement lorsque les salariés s'opposent au transfert (ce qui est le cas ici). De par ces éléments, on peut penser qu'un refus d'application de l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail est le plus probable. Les faits sont cependant suffisamment ambigus pour que la solution inverse puisse être plaidée avec de très réelles chances de succès. On évoquera donc les deux hypothèses pour en mesurer les conséquences.

Si l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code du travail s'applique, le refus du salarié est sans effet et le transfert des contrats est automatique (v. Soc. 14 décembre 2004, *Auchan**). Il n'existe pas de véritable droit des salariés de s'opposer au transfert (on pourra en profiter pour critiquer la solution). Aucun recours contre la société Boisnet n'est envisageable.

En revanche, si l'article L. 122-12 alinéa 2 (L. 1224-1 recod.) du Code ne s'applique pas, la situation est plus compliquée. Le transfert automatique des contrats n'a pas eu lieu. Il découle des faits qu'un nouveau contrat a été conclu avec la société Vitetbien, puisque celle-ci a donné du travail, rémunéré et dirigé les salariés. Mais l'ancien contrat n'a pas pour autant été rompu. Il est inexécuté depuis le 30 avril 2007. Le salarié peut donc demander à être réintégré au sein de la société Boisnet.

Il peut aussi, peut-être, considérer que la société Boisnet qui n'a plus fourni ni travail ni salaire a commis une faute d'une gravité suffisante, et prendre acte de la rupture opérée par cette société, rupture qui serait assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse (sur ces éléments du droit du licenciement, v. n°s 492 à 497). La société Boisnet devrait alors indemniser en conséquence.

Cette solution m'apparaît toutefois excessivement rigoureuse : l'inexécution par Boisnet du contrat peut avoir comme excuse sa croyance, de bonne foi, dans le transfert des contrats. D'autant que, si l'article L. 122-12 (L. 1224-1 recod.) du Code ne s'applique pas, c'est du fait d'événements postérieurs (le démantèlement de l'établissement) qu'elle ne pouvait prévoir (on le suppose). Alors l'inexécution n'apparaît pas d'une gravité suffisante pour légitimer une prise d'acte de la rupture par le salarié. Celui-ci devrait donc simplement, prudemment, demander la continuation du travail qui l'unit toujours à la société Boisnet.

TITRE 6

L'emploi perdu

421 Les voies juridiques de la perte d'emploi sont multiples. La rupture et le non-renouvellement des contrats à durée déterminée ont déjà été évoqués (v. n°s 225-229). Ici, la question sera centrée sur la perte de l'emploi au sens fort, sur la perte de l'emploi stable ou du moins de l'emploi perçu comme tel. Il s'agit ici de traiter de la rupture du contrat à durée indéterminée.

422 Par leurs conséquences humaines, par la crainte constante qu'elles suscitent, par les tensions et les conflits qu'elles génèrent, ces ruptures sont un point central du droit du travail. Les hésitations du législateur entre déréglementation et protection de l'emploi, la volonté de certains employeurs de contourner les protections, la lutte des salariés pour tenter de conserver leur emploi : beaucoup d'énergie a été consacrée à la matière. Il en est résulté un régime juridique relativement complexe.

La rupture du contrat de travail à durée indéterminée peut recouvrer de nombreuses qualifications, qui vont de la démission, à la rupture d'un commun accord, en passant par la prise d'acte, la résiliation judiciaire, la mise à la retraite ou le licenciement. L'étude de ces différentes qualifications (chapitre 17), précédera l'approfondissement de la plus importante d'entre toutes : le licenciement. Le licenciement s'impose comme la qualification de principe de la rupture. L'étude de sa réglementation est ici l'essentiel. Celle-ci se décompose en un droit commun à tous les licenciements (chapitre 18) et en un ensemble de règles spécifiques aux licenciements économiques (chapitre 19).

Black plaque (347,1)

chapitre 17

Qualifications de la rupture

Black plaque (348,1)

Plan analytique

section 1

Ruptures à l'initiatives de l'employeur

§ 1 Prise d'acte et force majeure

§ 2 Mise à la retraite

section 2

Ruptures à l'initiative du salarié

§ 1 Démission

§ 2 Prise d'acte par le salarié

§ 3 Départ à la retraite

section 3

Rupture d'un commun accord

Black plaque (349,1)

La plus réglementée des ruptures est, de loin, le licenciement. Rompre en évitant l'application du droit du licenciement est donc devenu une sorte de sport auquel se sont adonnés de nombreux employeurs. Les voies sont diverses : pousser le salarié à la démission, l'inciter à signer une rupture d'un commun accord, demander au juge de prononcer une résiliation judiciaire, etc. La jurisprudence a réagi en interprétant restrictivement tous les modes de rupture autres que le licenciement. Les ruptures à l'initiative de l'employeur sont donc toutes des licenciements à quelques rares exceptions près (section 1). Les ruptures à l'initiative du salarié peuvent, elles aussi, sous certaines conditions, être assimilées à des licenciements (section 2). Et les ruptures d'un commun accord sont encore, parfois, traitées comme des licenciements (section 3). 423

section 1

Ruptures à l'initiative de l'employeur

Lorsqu'une décision unilatérale de l'employeur est à l'origine de la rupture, la qualification de licenciement est désormais presque systématique. La « prise d'acte » est assimilée à un licenciement, sous réserve peut-être de quelques cas résiduels de force majeure (§ 1). Et, en cas de mise à la retraite, certaines règles du droit du licenciement s'appliquent (§ 2). 424

Depuis l'arrêt *Mulin*, du 13 mars 2001*, l'employeur ne peut plus demander la résiliation judiciaire du contrat de travail (v. aussi not. Soc. 3 novembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 308). Une telle demande, irrecevable, est considérée comme un contournement illicite du droit du licenciement et peut être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse à la demande du salarié (Soc. 5 juillet 2005, *Bull. civ.* V, n° 232 ; *RJS* 2005, n° 971). 425

§ 1 Prise d'acte et force majeure

Pendant fort longtemps, la jurisprudence a considéré que certains événements, indépendant de la volonté de l'employeur, rompaient d'eux-mêmes le contrat de travail. Il ne restait plus à l'employeur qu'à constater cette rupture, sans être débiteur d'aucune des obligations liées au licenciement. 426

L'évolution, sans remettre en cause l'idée, s'est faite par raréfaction progressive de ces événements auxquels le contrat de travail était incapable de résister.

Aujourd'hui, non seulement la maternité, la grève ou la maladie ne rompent plus d'elles-mêmes le contrat, mais il s'agit même de situations dotées de protections

Black plaque (350,1)

particulières contre le *licenciement*. La faute du salarié, quelle qu'elle soit, n'est plus jamais que la justification d'un *licenciement* disciplinaire. Elle ne peut en aucun cas rompre le contrat d'elle-même (v. pour une absence injustifiée de plus d'un an, Soc. 20 avril 2005, *RJS* 2005, n° 717).

■ 427 Sorte d'achèvement de cette évolution, si l'employeur tente de « prendre acte » de la rupture, en l'imputant à un événement extérieur à sa volonté, la Cour de cassation affirme désormais sans nuance qu'il s'agit d'un licenciement (Soc. 25 juin 2003, *Faucher** ; Soc. 25 juin 2003, *Roto France'Ilienne*, *Bull. civ.* V, n° 208 ; *Dr. soc.* 2003. 825 ; Soc. 11 février 2004, *Bull. civ.* V, n° 49). Ce licenciement a été, par hypothèse, réalisé sans suivre la procédure requise, puisque l'employeur s'est contenté de prendre acte de la rupture. Il s'agit donc d'un licenciement illicite, dépourvu de lettre de licenciement en bonne et due forme. Et un tel licenciement est assimilé à un licenciement sans cause réelle et sérieuse (v. Soc. 25 juin 2003 et 11 février 2004, *préc.*).

■ 428 La motivation de l'arrêt *Faucher** (*préc.*) est générale, lapidaire. Elle néglige totalement la rupture du contrat de travail pour force majeure. Cela ne semble pas signifier pour autant que ce mode de rupture ait totalement disparu du droit positif. La formulation adoptée par la Cour est ainsi, peut-être, légèrement imprécise. Mais l'imprécision est vraiment très légère. La force majeure comme cause de rupture du contrat de travail est, en effet, une espèce en voie de disparition. Elle correspond à des hypothèses si rares, qu'elle semble aujourd'hui relever de la curiosité ou de l'hypothèse d'école. La Cour de cassation exige, pour qu'un événement soit qualifié de force majeure, qu'il rende « impossible » la continuation de la relation de travail (Soc. 12 février 2003*, deux arrêts). Et à cœur vaillant, rien d'impossible. Ainsi, l'emploi d'un salarié dont l'inaptitude totale et définitive a été déclarée n'est pas à proprement parler impossible et la rupture qui s'en suit n'est donc pas une rupture pour force majeure (tant que le salarié n'est pas mort, on peut toujours lui imaginer un emploi, v. n° 382). De plus, l'événement doit bloquer non seulement totalement, mais définitivement, la possibilité de réaliser un travail. Ainsi, un cataclysme naturel qui détruit partiellement un hôtel n'est pas un cas de force majeure, dès lors qu'après réalisation de travaux l'exploitation pourrait reprendre (Soc. 12 février 2003*, arrêt n° 1, *préc.* ; v. aussi, Soc. 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-42907, arrêt pour lequel la destruction par incendie des bâtiments de production n'est pas un cas de force majeure, dès lors que le travail pouvait reprendre après reconstruction...). De même, l'incarcération du salarié, puisque temporaire, n'est pas un cas de force majeure, mais un cas de suspension du contrat de travail (il ne s'agit même pas nécessairement d'une cause réelle et sérieuse de licenciement : v. chapitre 5, Soc. 26 février 2003*).

Enfin, la force majeure suppose que l'événement qui cause la cessation définitive du travail n'ait aucunement pu être prévu et évité par l'employeur. Ainsi, la fermeture administrative d'un établissement a toujours lieu pour quelque raison et il est difficile d'imaginer une raison qu'il aurait été totalement impossible à l'employeur d'éviter (pour un exemple de fermeture administrative d'un établissement qui ne caractérise pas un cas de force majeure, v. Soc. 1er février 2005, *RJS* 2005, n° 377). Finalement, hors le décès du salarié pour une raison totalement indépendante de son travail, on ne voit plus très bien ce qui pourrait entrer dans le champ de la force majeure. Et c'est sans doute cela qui a inspiré la motivation de l'arrêt *Faucher**.

Black plaque (351,1)

§ 2 Mise à la retraite

429 En dehors de la rupture d'une période d'essai (sur laquelle v. n° 198 et s.) ou de la rupture d'un contrat « nouvelles embauches » (sur ce contrat, v. n° 442) l'employeur ne conserve plus, en pratique, qu'une seule autre voie que le licenciement : la mise à la retraite. Cette possibilité est expressément prévue par l'article L. 122-14-13 alinéa 4 du Code du travail (L. 1237-5 recod.). Depuis la loi du 21 août 2003, elle ne peut viser que des salariés âgés de 65 ans ou plus. L'interdiction de mettre à la retraite des salariés de moins de 65 ans comporte quelques exceptions conventionnelles, appelées à disparaître à partir de 2010 (L. 122-14-13 al. 4 issu de la loi du 21 décembre 2006 ; L. 1237-5 recod.).

430 Le texte prévoit que le salarié mis à la retraite bénéficie du préavis du licenciement et de l'indemnité légale de licenciement (art. L. 122-14-13 al. 2 et 7 C. trav. ; L. 1237-6 et L. 1237-7 recod.). Mais, hors ces règles, le droit commun du licenciement n'est pas applicable. Ainsi, en principe, la mise à la retraite n'a pas à être motivée (Soc. 12 janvier 1993, *Bull. civ.* V, n° 4 ; *D.* 1993. Somm. 255, obs. A. Bouilloux). Et elle ne doit pas non plus être précédée d'une procédure particulière. La jurisprudence n'exige qu'une lettre de rupture mentionnant expressément que la rupture est une mise à la retraite (Soc. 9 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 59). L'exclusion en la matière de l'entretien préalable, cette mesure de politesse minimale qui exige que la rupture soit annoncée en face de la personne concernée, est très difficilement justifiable. Arrivée sans prévenir, la lettre de mise à la retraite peut être vraiment une surprise, voire une humiliation pour peu qu'il soit demandé au salarié de ne plus se représenter dans l'entreprise. Les salariés âgés de 65 ans ou plus sont ainsi placés dans une situation d'extrême fragilité, ce qui peut se discuter même si, en principe, la règle est réservée à des salariés qui peuvent bénéficier de revenus de substitution. On notera cependant que tel n'est pas toujours le cas. S'il est âgé de plus de 65 ans le salarié bénéficie d'une retraite « à taux plein » (art. L. 351-8 1° CSS), mais ce bénéfice n'est aucunement l'assurance d'une retraite suffisante si le salarié n'a cotisé que pendant un nombre de semestre relativement peu important. Le salarié peut ainsi avoir besoin de son emploi et des revenus qu'il génère. Il n'en sera pas moins mis dans une situation de très grande précarité, du fait de son âge. Au point qu'il est possible de se demander dans quelle mesure cette solution ne créée par une discrimination selon l'âge.

431 La question de l'application à la mise à la retraite des règles *spéciales* du droit du licenciement est *a priori* relativement difficile : aux règles spéciales sur la mise à la retraite s'opposent d'autres règles spéciales. La jurisprudence a décidé que, dans de tels conflits, les règles spéciales du licenciement, plus favorables, devaient s'appliquer. La jurisprudence applique ainsi au salarié mis à la retraite les règles relatives au licenciement économique (Soc. 18 avril 2000, *Soderbanque, Bull. civ.* V, n° 142 ; *Dr. soc.* 2000. 790, obs. J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 92), au licenciement des représentants du personnel (Soc. 5 mars 1996, *Bull. civ.* V, n° 84 ; *Dr. soc.* 1996. 537, obs. M. Cohen) ou encore au licenciement pour inaptitude physique (Soc. 29 janvier 2002, *Bull. civ.* V, n° 37). La loi spéciale, sur la retraite, ne déroge pas aux lois spéciales sur le licenciement.

Il faut enfin noter, logiquement, qu'une soit-disant « mise à la retraite » décidée par l'employeur en dehors des conditions légales est un licenciement motivé par

Black plaque (352,1)

l'âge, et donc un licenciement discriminatoire, nul par application de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 et L. 1132-4 recod. ; v. Soc. 21 décembre 2006, n° 05-12816, *Bull. civ.* V, n° 412).

section 2

Ruptures à l'initiative du salarié

■ 432 La qualification la plus ancienne des modes de rupture par le salarié du contrat de travail à durée indéterminée est la démission (§ 1). Ce mode de rupture, longtemps hégémonique, reste une référence centrale. Mais il est aujourd'hui sérieusement concurrencé par d'autres modes de rupture, de création ou de développement plus récent. Le plus important est sans conteste la prise d'acte de la rupture (§ 2). Depuis les arrêts du 9 mai 2007*, cette qualification est appelée à absorber une partie importante de ce qui était antérieurement qualifié de « démission ». Elle est devenue le mode de rupture de référence lorsque l'initiative vient du salarié. Sous conditions, la rupture peut encore être qualifiée de départ à la retraite (§ 3).

La démission, la prise d'acte, le départ à la retraite sont autant d'actes qui rompent le contrat de travail de manière définitive. Sauf exceptionnelle nullité de ces actes (notamment pour vice du consentement), le salarié n'a plus de retour en arrière possible, ni l'employeur de possibilité de rompre à son tour le contrat. Ainsi, un employeur ne peut licencier dans les formes un salarié qui a déjà démissionné ou pris acte de la rupture : rupture sur rupture ne vaut (v. not. Soc. 19 janvier 2005*). Et, si plusieurs actes de rupture se succèdent, la date de la rupture est celle du premier de ces actes.

Il faut en outre noter que le salarié peut toujours demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail : en cas de succès d'une telle action c'est la décision de justice qui prononcera la rupture. Pour obtenir une telle décision, le salarié doit prouver des fautes de l'employeur qui présentent « une gravité suffisante pour (...) justifier la résiliation (du contrat) » (Soc. 15 mars 2005*, deux arrêts). L'appréciation de cette « gravité suffisante » est laissée au pouvoir souverain des juges du fond (v. les arrêts *préc.*), ce qui ne peut qu'accroître l'incertitude en la matière et susciter des petites jurisprudences locales et contradictoires. S'il obtient gain de cause, le salarié bénéficiera d'une indemnisation qui ne peut être inférieure à celle d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 20 janvier 1998 ; Soc. 17 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 149 ; Soc. 7 juillet 2004, *RJS* 2004, n° 1033).

L'intérêt d'une demande en résiliation judiciaire, pour le salarié, est que cette demande ne rompt pas le contrat de travail. Le salarié continuera ainsi à bénéficier de son salaire et de son emploi pendant la procédure : la date de la rupture sera la date du jugement, au moins si le salarié est resté à son poste (Soc. 11 janvier 2007, pourvoi n° 05-40626, *Bull. civ.* V, n° 6 ; *RDT* 2007. 237, obs. J. Pélissier). En cas de demande infondée, le juge se contentera de refuser la résiliation, le contrat sera maintenu et le salarié conservera son emploi. Sauf, bien entendu, si l'employeur licencie ce salarié qui a osé l'attaquer en justice. Ce qui n'est pas une hypothèse d'école...

Black plaque (353,1)

Un tel licenciement resterait à motiver. Le seul fait que le salarié ait exercé son droit d'agir en justice n'est pas une justification valide du licenciement (Soc. 21 mars 2007, n° 05-45392, *Bull. civ.* V, n° 52). Un licenciement pour un tel motif pourrait même être annulé comme attentatoire au droit fondamental d'agir en justice (v. n° 498).

Il demeure que, du fait de la tension générée par le procès, le licenciement reste relativement probable, dans les faits. S'il intervient en cours de procédure de résiliation judiciaire, le contrat de travail est rompu par le licenciement de manière anticipée. La date de la rupture sera bien celle de la date d'envoi de la lettre de licenciement (Soc. 15 mai 2007, n° de pourvoi 04-43663, à paraître au *Bulletin*). Mais ce licenciement ne permet pas à l'employeur d'éviter le débat judiciaire initié par le salarié (ce serait trop facile...). Le juge saisi doit d'abord se prononcer sur le caractère justifié ou non de la demande en résiliation judiciaire. Si la résiliation judiciaire est justifiée, le débat est clos et l'employeur en subit les conséquences pécuniaires. Si la résiliation judiciaire n'est pas justifiée, il reste à traiter du licenciement et de ses justifications (Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 121 ; Soc. 21 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 225 ; Soc. 7 février 2007*). Ce qui constitue en quelque sorte une seconde chance de gain pour le salarié.

§ 1 Démission

433 La faculté du salarié de rompre unilatéralement son contrat de travail à durée indéterminée est puissamment soutenue par la prohibition des engagements perpétuels, mais aussi et surtout par la prohibition du travail forcé et de l'esclavage. Un travailleur ne peut se subordonner pour une durée trop longue (v. les limitations de durée des contrats à durée déterminée, n° 245). Il peut encore moins se subordonner pour une durée indéfinie. Il est donc toujours libre de démissionner. Et la démission n'a pas, par conséquent, à être motivée.

434 Le salarié doit simplement respecter un délai de préavis, lequel est fixé par les conventions collectives, par les usages de la profession, ou par le contrat individuel de travail. Exceptionnellement, pour certaines catégories de salariés, il est fixé par la loi (art. L. 761-4 C. trav. ; L. 7112-2 recod. pour les journalistes ; art. L. 751-5 C. trav. L. 7313-9 recod. pour les VRP...). Si le salarié démissionne brutalement sans respecter ce délai de préavis, il doit à l'employeur une indemnité forfaitaire égale à la rémunération qu'il aurait perçue durant la durée de ce préavis (Soc. 29 mars 1995, *RJS* 1995, n° 506).

435 En principe, le salarié qui démissionne et ne retrouve pas d'emploi n'a pas droit à l'indemnisation du chômage. Il existe toutefois une série de motifs de démission jugés légitimes par l'UNEDIC, qui permettent au salarié démissionnaire de bénéficier de cette indemnisation. Et, passé un certain délai de chômage, la Commission paritaire de l'ASSEDIC, peut décider de réintégrer un chômeur qui avait démissionné.

436 La qualification de démission est aujourd'hui strictement limitée par la Cour de cassation. Pour que l'acte du salarié soit qualifié de « démission », deux conditions cumulatives doivent être remplies.

Black plaque (354,1)

Il faut tout d'abord que l'acte du salarié exprime une volonté claire de rompre le contrat de travail. La simple violation de son contrat de travail par le salarié, même grave, même longue, n'est pas l'expression d'une telle volonté. Est ainsi condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse l'employeur qui avait cru que l'absence injustifiée du salarié depuis plus d'un an avait rompu le contrat de travail (Soc. 20 avril 2005, *RJ S* 2005, n° 717). De même, une démission donnée dans la colère de l'instant ou sous la pression de l'employeur, puis vite retirée n'est pas une manifestation de volonté suffisante (Soc. 26 septembre 2002, *RJS* 2002, n° 1369). Dans ces hypothèses, la volonté de rompre du salarié était équivoque et, par conséquent, le contrat n'avait pas été rompu par le salarié.

Une fois la volonté de rompre établie, il reste ensuite à qualifier cette volonté de rompre : il peut en effet s'agir soit d'une démission, soit d'une prise d'acte de la rupture par le salarié. Depuis les arrêts de la chambre sociale du 9 mai 2007*, si la rupture initiée par le salarié a été motivée par un différent entre l'employeur et lui-même, la qualification qui doit être retenue est celle de « prise d'acte de la rupture » et ce nonobstant la qualification expresse de « démission » retenue dans la lettre de rupture envoyée par le salarié.

La qualification de « démission » est donc réservée, désormais, aux ruptures voulues par le salarié *indépendamment de tout différent survenu avec l'employeur*. Tel sera le cas, par exemple, d'une rupture motivée exclusivement par la découverte d'un nouvel emploi plus intéressant ou plus rémunérateur. La qualification de « démission » peut apparaître dès lors comme relativement exceptionnelle, l'existence d'un différent avec l'employeur étant très souvent l'occasion ou la cause d'une rupture du contrat de travail initiée par le salarié.

La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié est donc désormais très facilement requalifiée en prise d'acte de la rupture. Cela ne signifie nullement, cependant, que le salarié obtiendra facilement une indemnisation. La qualification de « prise d'acte de la rupture » n'est que le préalable à une recherche de l'imputabilité de la rupture du contrat de travail (v. ci-dessous).

§ 2 Prise d'acte par le salarié

■ 437 La qualification de « prise d'acte de la rupture » vise originellement les cas dans lesquels le salarié affirme considérer le contrat comme rompu du fait de l'employeur. Mais son impact s'est considérablement accru depuis que de très nombreux actes présentés comme des démissions sont requalifiés, par les juges, de « prise d'acte de la rupture », au motif que de telles « démissions » sont « équivoques » (v. Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 109 et les neuf arrêts du 9 mai 2007*). Et tel est facilement le cas. Une démission peut être à bon droit qualifiée d'« équivoque » si elle mentionne un certain nombre de reproches faits à l'employeur (Soc. 15 mars 2006, *préc.*), mais aussi simplement si « la lettre de démission était accompagnée d'un décompte des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre de ses heures supplémentaires et repos compensateur » (Soc. 9 mai 2007 pourvois n° 05-40315, à paraître au *Bulletin*). C'est encore le cas de lettres par lesquels les salariés affirmaient pourtant démissionner exclusivement pour « raisons personnelles », sans formuler aucun grief, lorsque, peu de temps auparavant, des entorses à la législation sur les heures supplémentaires et le temps de travail avaient été signalées à l'inspecteur du travail (Soc. 9 mai 2007, pourvoi n° 05-41324, à paraître au *Bulletin*).

Black plaque (355,1)

Toutefois, une certaine diligence est requise des salariés : plus le salarié attend, à la suite de sa « démission » et plus sa volonté de démissionner apparaît dépourvue d'équivoque (pour une démission sans équivoque, alors que l'action en justice avait eu lieu plusieurs moins après la démission, v. not. Soc. 9 mai 2007, pourvois n° 05-40518, à paraître au *Bulletin* et n° 04-48029, inédit).

Il demeure, à la lecture de ces arrêts, que l'équivoque est facilement retenue. Ceci se comprend lorsque l'on constate que la qualification de « prise d'acte » qui en découle ne préjuge en rien de la solution. Elle n'est qu'un moyen, pour la Cour de cassation, d'ouvrir une véritable recherche de l'imputabilité de la rupture.

La prise d'acte de la rupture par le salarié peut avoir les mêmes conséquences qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais c'est seulement dans le cas où la décision de rompre était justifiée par des faits reprochés à l'employeur (Soc. 25 juin 2003, *Technoram** et deux arrêts du même jour ; Soc. 19 octobre 2004* ; Soc. 19 janvier 2005*). En revanche, si les faits invoqués ne justifient pas la rupture, la prise d'acte par le salarié produit les effets d'une simple démission (v. les arrêts *préc.*).

Le salarié qui prend acte de la rupture court donc le risque d'être privé de toutes indemnités, si les faits qu'il invoque n'apparaissent pas suffisants. En revanche, s'ils apparaissent suffisants, il bénéficiera non seulement d'indemnités de préavis et de licenciement, mais de l'indemnisation spéciale du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il n'est plus de demi-mesure.

Et le retour en arrière est exclu : prendre acte de la rupture, c'est rompre le contrat de travail. Le salarié ne pourra revenir sur sa décision et reprendre le travail. L'employeur ne peut pas non plus intervenir en catastrophe pour licencier le salarié en suivant la procédure requise et en invoquant une cause réelle et sérieuse : on ne peut rompre un contrat déjà rompu (Soc. 19 janvier 2005*, deux arrêts).

La grande difficulté est dans la qualification des faits commis par l'employeur : quels sont les faits qui justifient la rupture et quels sont ceux qui ne la justifient pas ? L'arrêt *Technoram* du 23 juin 2003* et ceux qui l'ont suivi parlent de faits « suffisamment graves ». Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse note, par exemple, qu'un employeur qui a eu connaissance des injures racistes subies par un de ses salariés et qui n'a pas réagi pendant plusieurs mois, commet une faute suffisamment grave pour que la prise d'acte de la rupture par le salarié victime s'analyse en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Toulouse 25 mars 2004, *RJS* 2004, n° 461). Un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2005* affirme que des faits répétitifs constitutifs de violences morales suffisent à fonder une même solution. Il est aussi clair que le non-paiement du salaire sur une certaine période, même assez courte, peut suffire.

Mais une relative rigueur est décelable dans les arrêts de la Cour. Il est logique que n'importe quelle faute de l'employeur ne puisse pas servir de prétexte au salarié pour qu'il puisse se considérer comme licencié sans cause réelle et sérieuse. Mais, il faut prendre garde à ce que la pratique des employeurs qui consiste à pousser les salariés à la démission par la multiplication des petites brimades – pratique fermement condamnée avant les arrêts de juin 2003 – ne se développe pas à nouveau. C'est ce risque que porte en elle la jurisprudence si elle conduit à une appréciation trop restrictive des « faits suffisamment graves » pour justifier la prise d'acte du salarié.

438

Black plaque (356,1)

§ 3 Départ à la retraite

439 Le départ à la retraite se différencie tant de la mise à la retraite, qui est un acte de l'employeur (nos 429-431), que du « départ à la retraite accepté par l'employeur », qui s'analyse en un départ à la retraite d'un commun accord (n° 443 *in fine*) : il est la décision du salarié qui quitte volontairement son emploi pour bénéficier du droit à une pension vieillesse. Cette rupture ne diffère de la démission que par deux effets de droit :

– Le salarié qui part à la retraite à droit à une indemnité de départ à la retraite, laquelle est prévue par l'article 6 de l'accord sur la mensualisation de 1978 (auquel renvoie l'art. L. 122-14-13 al. 1er C. trav. ; L. 1237-9 recod.). Cette indemnité ne vise que les salariés qui ont plus de 10 ans d'ancienneté. Et elle est d'un montant très modeste, puisqu'elle varie d'un demi-mois de salaire pour les salariés ayant au moins 10 ans d'ancienneté, à au maximum 2 mois de salaire pour les salariés ayant plus de 30 ans d'ancienneté.

– Au lieu de devoir respecter un préavis de démission, le salarié qui part à la retraite doit respecter le préavis légal prévu pour le licenciement, lequel est en général plus long (article L. 122-14-13 al. 5 ; L. 1237-6 recod. , et sur la durée de ce préavis, v. n° 465). Ce désavantage, quoique léger, est sans fondement.

section 3

Rupture d'un commun accord

440 Les parties à un contrat sont libres, d'un commun accord, de mettre fin à ce contrat. La solution s'impose, en droit des obligations, comme en droit du travail. Conformément encore au droit des obligations, l'accord peut être annulé pour vice du consentement et notamment pour violence (v. Soc. 30 novembre 2004*).

Le droit du travail n'a pu, ici comme ailleurs, se contenter de cette application du droit commun. La rupture d'un commun accord peut se révéler être un outil particulièrement dangereux, si elle est utilisée par des employeurs soucieux de contourner les règles du licenciement. Un employeur peut en effet être tenté de faire pression sur le salarié pour qu'il signe une rupture « amiable », en échange d'une somme d'argent inférieure aux indemnités de licenciement auxquelles il pourrait avoir droit. Le salarié n'est pas forcément très au courant de ses droits et, puisqu'il est en train de perdre son emploi, il peut être dans une situation psychologique particulièrement fragile. Dans ces conditions, les accords amiables de rupture ne peuvent qu'être entourés d'une certaine suspicion. Ce qui explique que leur validité et leurs effets soient strictement encadrés par la jurisprudence. Il faut empêcher que la rupture d'un commun accord soit un biais trop commode pour éviter l'application du droit du licenciement, lequel est d'ordre public. Ces règles du licenciement ont, pour cette raison, traversé avec succès l'écran que les ruptures d'un commun accord dressaient devant elles.

441 La rupture d'un commun accord est nulle si elle s'oppose à l'application d'une règle spéciale du droit du licenciement. Sont ainsi annulées les ruptures d'un commun

Black plaque (357,1)

accord conclues après qu'ait été constatée l'inaptitude physique du salarié pour une cause professionnelle (Soc. 12 février 2002, *RJS* 2002, n° 423) ou non professionnelles (Soc. 29 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 304). De même, sont annulées les ruptures conclues par des salariés « protégés » ou « exposés » pour lesquels une autorisation administrative de licenciement est exigée (Soc. 2 décembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 578).

L'accord de rupture peut cependant être valide, si les règles spéciales du droit du licenciement ont été pleinement respectées avant que cet accord ne soit conclu. Ainsi, les différentes garanties de la procédure de licenciement économique sont applicables aux résiliations d'un commun accord pour motif économique. Cette solution était expressément prévue par l'article L. 321-1 alinéa 2 du Code du travail. Ce texte n'a pas été repris par la recodification.

Mais cet oubli devrait rester sans conséquences. La rupture amiable pour motif économique ne doit pouvoir être valide qu'à la condition du respect des règles de la procédure de licenciement économique. Cette solution s'appuyait sur l'article L. 321-1 alinéa 2 (Soc. 2 décembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 309 ; Soc. 7 décembre 2004, *RJS* 2005, n° 134). Elle devra désormais s'appuyer de la prohibition des renonciations aux règles du licenciement (art. L. 122-14-7, al. 3 C. trav. ; L. 1231-4 recod.).

442 Lorsque l'ensemble des règles spéciales du droit du licenciement est respecté, la rupture d'un commun accord n'est pas pour autant nécessairement valide. Tout d'abord, au nom de la différence existant entre l'accord de rupture et la transaction, et du fait des risques qu'un mélange des genres peut faire courir au salarié, la Cour de cassation annule les ruptures d'un commun accord conclues en même temps qu'une transaction (Ch. mixte 12 février 1999, *SCP Coulombie-Gras* c. *Le Coq, Bull. Ch. mixte*, n° 1 ; *Grands arrêts*, n° 87).

443 Ensuite et surtout, la Cour a exigé, pour que la rupture d'un commun accord soit valide, qu'elle ne soit pas utilisée s'il existait un litige entre les parties (Soc. 26 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 411 ; *Dr. soc.* 2000. 183, note C. Radé). D'autres arrêts ont donné force obligatoire à l'accord de rupture après avoir relevé « la volonté claire et non équivoque des parties de mettre fin d'un commun accord, en l'absence de tout litige entre elles, aux relations contractuelles » (Soc. 2 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998. 29, concl. P. Lyon-Caen ; dans le même sens, Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 189). Parallèlement, un arrêt plus récent a admis la validité d'une résiliation d'un commun accord, en présence d'un litige, mais en notant que la négociation de rupture avait été engagée « à l'initiative du salarié » (Soc. 21 janvier 2003*).

Ces différents arrêts sont le signe d'une jurisprudence en cours de formation. Il semble un peu prématuré d'en tirer des règles jurisprudentielles claires. Ces arrêts semblent cependant inspirés d'une même idée : la rupture d'un commun accord ne peut être utilisée pour éluder le droit du licenciement. *Elle n'est donc valide qu'à la condition d'être conclue dans un contexte où le licenciement semble exclu*. Soit il s'agit d'une négociation initiée par le salarié (Soc. 21 janvier 2003, *préc.*), soit il s'agit d'une négociation engagée en l'absence de tout différent entre les parties (Soc. 29 octobre 2000). De tels contextes semblent nécessaires au caractère véritablement « amiable » de la rupture.

La jurisprudence s'oriente vers une distinction. Les ruptures d'un commun accord pour motif économique sont en principes valides, à la condition du respect de l'ensemble des règles protectrices applicables en matière de licenciement économique. Les ruptures d'un commun accord pour motifs personnels, sauf règles

Black plaque (358,1)

spéciales contraire, sont valides, à la condition que le contexte de leur conclusion démontre leur caractère véritablement amiable et l'absence de contournement des règles du droit du licenciement.

Un type particulier de rupture d'un commun accord a, de plus, été créé par la loi du 21 décembre 2006 : il s'agit du « départ à la retraite avec l'accord de l'employeur ». Ce mode de rupture vient s'ajouter à la mise à la retraite et au départ à la retraite, mais il ne sera applicable, si l'on en croit le texte, qu'entre le 1er janvier 2010 et le 1er janvier 2014. Ce départ à la retraite avec l'accord de l'employeur diffère du simple départ à la retraite par l'indemnité due, qui est calquée sur l'indemnité de mise à la retraite. Et il diffère de ce dernier mode de rupture par son ouverture aux salariés de moins de 65 ans. Il peut s'analyser comme une possibilité de plus, ouverte aux employeurs, de pousser vers le départ des salariés de moins de 65 ans.

Black plaque (359,1)

Biblio

- J. Pélissier, « Âge et perte d'emploi », *Dr. soc*. 2003. 1061.
- J. Pélissier, note sous Soc. 25 juin 203, *D.* 2003. Jur. 2396.
- J. Pélissier, « La remise en cause des démission », *RJS* 2007, chron. 591-594.
- G. Couturier et J.-E. Ray, « L'auto-licenciement : suite et fin », *Dr. soc*. 2003. 817.
- B. Teyssié, « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. soc*. 2005. 45.

Documents

Résiliation judiciaire demandée par l'employeur

Soc. 13 mars 2001, *Mulin, Bull. civ.* V, n° 89 ; *Grands arrêts*, n° 86 ; *JCP* 2001. II. 10562, note J. Mouly ; *Dr. soc.* 2001. 629, obs. C. Radé

« … l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ».

Prise d'acte de la rupture par l'employeur

Soc. 25 juin 2003, *Faucher, Bull. civ.* V, n° 208 ; *Grands arrêts*, n° 84 ; *Dr. soc*. 2003. 825, avis de l'avocat général P. Lyon-Caen ; *op. cit.*, p. 814, obs. G. Couturier et J.-E. Ray ; *op. cit.*, p. 817 ; *RJS* 2003. 647, note J.-Y. Frouin

« … l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail, ou qui le considère comme rompu du fait du salarié, doit mettre en œuvre la procédure de licenciement ; qu'à défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ».

Force majeure

Soc. 12 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 50 deux arrêts

Un même attendu de principe…

« Mais attendu que la force majeure, permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail, s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat… »

Black plaque (360,1)

... un même rejet de la force majeure

Arrêt n° 1 (n° 409 FP-PBI)

« Et attendu qu'ayant relevé que la destruction partielle du village-hôtel occasionnée par le passage du cyclone ne rendait pas impossible la reprise de l'exploitation de l'hôtel, après remise en état... ».

Arrêt n° 2 (n° 410 FP-PBI)

« Et attendu que les juges du fond, qui ont constaté que le décès de l'acteur principal ne faisait pas obstacle à la poursuite de la production de la série télévisée avec un autre acteur, ont caractérisé le fait que la poursuite du contrat de Mme X... n'était pas impossible ».

Résiliation judiciaire demandée par le salarié

Soc. 20 janvier 1998, *Leudière* c. *Sté Trouillard, Bull. civ.* V n° 21 ; *Grands arrêts*, n° 85 ; *JCP* E 1998. I. 152, note J. Mouly ; *D.* 1998. 350, note C. Radé

« ... la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ».

Soc. 15 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 90 ; *Dr. soc.* 2005. 824, note C. Radé, deux arrêts

Au sujet de demandes de salariés en résiliation judiciaire, selon l'arrêt

« ... il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des obligations résultant d'un contrat synallagmatique présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation ».

Soc. 7 février 2007, pourvoi n° 06-40250, *Bull. civ.* V, n° 20

« lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation était justifiée ; que c'est seulement s'il ne l'estime pas fondée qu'il doit statuer sur le licenciement »

Prise d'acte de la rupture par le salarié

Soc. 25 juin 2003, *SARL Technoram* (et deux arrêts de rejet du même jour) *Bull. civ.* V, n° 209 ; *Grands arrêts*, n° 83 ; *D.* 2003. Jur. 2396, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2003. 817 note G. Couturier et J.-E. Ray ; *RJS* 2003, n° 994, note J.-Y. Frouin, p. 647

Soc. 19 octobre 2004, *Bull. civ.* V, n° 263 ; Soc. 19 janvier 2005, deux arrêts, *Bull. civ.* V, n° 11 et 12 ; *Dr. soc.* 2005. 474, note F. Favennec-Hery

« ... lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ».

Black plaque (361,1)

Soc. 26 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n° 23

« … l'employeur a eu à l'égard du salarié une attitude « répétitive » constitutive de violences morales et psychologiques qui permettaient au salarié de rompre son contrat de travail et d'en imputer la rupture à l'employeur ».

Soc. 29 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 233 ; *Dr. soc.* 2005. 1058, obs. G. Couturier

« … l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail (…) ne fixe pas les limites du litige… ».

Soc. 9 mai 2007, neuf arrêts dont cinq à paraître au *Bulletin* (n° de pourvois : 05-42301 ; 05-40315 ; 05-41324 ; 05-41325 ; 05-40518)

« la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'une démission. »

Rupture d'un commun accord

Soc. 21 janvier 2003, *Dr. soc.* 2003. 547, obs. G. Couturier ; *Grands arrêts*, n° 89

« … l'objet de la convention litigieuse conclue entre les parties par l'intermédiaire de leur avocat respectif, dûment mandaté à cet effet, à la suite de pourparlers minutieux et précis, était de mettre fin d'un commun accord à leurs relations contractuelles dans le cadre d'un départ négocié à l'initiative du salarié ; qu'au vu de ces constatations d'où il résultait que les parties étaient pleinement informées de leurs droits et que ceux du salarié avaient été préservés, la cour d'appel, sans encourir les griefs du moyen, a légalement justifié sa décision ».

Soc. 30 novembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 303

« M. Buret, nonobstant la nature du contrat de qualification s'inscrivant dans le cadre d'un BTS, imposait à Mlle B. de travailler à temps complet et la harcelait de diverses manières, notamment en lui demandant de lui faire des massages de nature sexuelle et qu'il en était résulté des troubles psychologiques, angoisses et anxiété pour cette dernière ; que ces constatations caractérisant des faits de violence, au sens de l'article 1112 du Code civil, c'est à bon droit que la cour d'appel a annulé l'acte signé sous l'empire de cette violence et alloué des dommages-intérêts à Mlle B. ».

Black plaque (363,1)

chapitre 18

Droit commun du licenciement

Black plaque (364,1)

Plan analytique

section 1

Procédure

§ 1 L'entretien préalable

§ 2 La lettre de licenciement

section 2

La cause réelle et sérieuse

§ 1 Une cause première et déterminante

§ 2 Une cause réelle

A. Une cause objective

B. Une cause existante

C. Une cause exacte

§ 3 Une cause sérieuse

section 3

Les suites du licenciement licite

§ 1 Préavis et indemnités

A. Préavis

B. Indemnités de licenciement

C. Faute grave

D. Faute lourde

§ 2 Transaction

A. Transaction et reçu pour solde de tout compte

B. Concessions réciproques

C. Date de conclusion

D. Nullité de la transaction

Black plaque (365,1)

section 4

Sanctions du licenciement illicite

§ 1 Sanctions de principe

A. En présence d'une cause réelle et sérieuse

B. En l'absence d'une cause réelle et sérieuse

§ 2 Exceptions aux sanctions de principe

§ 3 La nullité du licenciement

18

Droit commun du licenciement

444 Le licenciement est un acte juridique unilatéral par lequel l'employeur peut rompre les contrats de travail à durée indéterminée.

Le licenciement fait perdre au salarié son emploi et, généralement, sa source principale de revenu. Il peut s'agir, selon le contexte de son édiction, de l'un des actes juridiques les plus violents qui soit. Par sa possibilité d'y recourir, l'employeur détient un moyen d'influence, de menace, qui lui permet de détenir, dans les faits, un pouvoir qui dépasse souvent de loin le pouvoir que le droit lui accorde.

Le licenciement est à la source de nombreux conflits et d'un abondant contentieux. Sa réglementation juridique a été modestement initiée par les lois du 27 décembre 1890 et du 19 juillet 1928. Elle s'est développée avec les lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975. Depuis, le rythme des interventions législatives s'est constamment accéléré, parfois pour créer des garanties nouvelles, le plus souvent pour les réduire.

445 La dernière exception importante faite au droit commun du licenciement l'a été par une des ordonnances du 2 août 2005 (n° 2005-893), laquelle a créé un contrat de travail dit « nouvelles embauches », lequel permet aux entreprises d'au plus 20 salariés de licencier par simple lettre recommandée avec accusé de réception, sans préavis, ni entretien préalable, ni motif, ni aucune des autres règles du droit commun du licenciement, les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté. De prochaines exceptions au droit commun du licenciement sont sans doute déjà en projet.

Le droit commun du licenciement comprend des règles de procédure (section 1) et une grande règle de fond : l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement (section 2). Il organise les effets des ruptures licites (section 3) et les sanctions applicables aux ruptures illicites (section 4).

section 1
Procédure

446 La procédure de licenciement de droit commun se résume à l'organisation d'un entretien préalable de licenciement et à l'envoi d'une lettre de licenciement dûment motivée. Le recodificateur a décidé de ne pas consacrer de chapitre commun aux licenciements pour motif personnel et pour motif économique. Les textes ont donc été maladroitement recopiés à deux, parfois trois endroits différents du futur Code du travail. Il ne s'agit cependant, pour l'essentiel, que d'une complexité de présentation, les règles restant communes et relativement simples.

Black plaque (367,1)

§ 1 L'entretien préalable

447 L'entretien préalable est obligatoire pour tout licenciement, à une seule exception près, celle des grands licenciements économiques collectifs (au moins 10 salariés licenciés dans une période de 30 jours) lorsqu'il existe des représentants du personnel dans l'entreprise (art. L. 122-14 C. trav. *in fine* ; L. 1233-38 recod.). Il est organisé par l'article L. 122-14 du Code du travail (art. L. 1232-2 à L. 1232-5 et L. 1232-11 à L. 1232-14).

448 L'employeur doit tout d'abord convoquer le salarié à cet entretien. La lettre de convocation doit être soit recommandée avec accusé de réception, soit remise en main propre contre décharge. Elle doit être transmise au moins 5 jours ouvrables avant la date de l'entretien. L'article R. 122-2-1 du Code du travail fixe les mentions obligatoires qu'elle doit contenir. La première est l'objet de l'entretien, à savoir qu'il s'agit d'un entretien en vue d'étudier une possible mesure de licenciement. La deuxième est la fixation des jours, heures et lieu de l'entretien. La troisième est l'information expresse du salarié de son droit de se faire assister lors de cet entretien, soit par un membre de l'entreprise, soit, en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, par un conseiller extérieur choisit sur une liste dressée dans chaque préfecture (sur le statut de ces conseillers extérieurs, v. les art. D. 122-1 et s. C. trav.).

449 L'entretien préalable est, bien sûr, une obligation *pour l'employeur*. Le salarié n'est pas tenu de s'y rendre. Si la convocation a été faite dans les formes et que le salarié ne s'y est pas rendu, l'employeur est considéré comme ayant satisfait à son obligation. Il s'agit de la seule conséquence du refus du salarié.

450 Tel qu'il est organisé, l'entretien n'est en pratique qu'un simulacre de procédure contradictoire. L'employeur n'est nullement tenu de dévoiler dans la lettre de convocation les causes qui font envisager son licenciement. Il n'est tenu de les dire qu'au cours de l'entretien. Le salarié, souvent surpris, est donc dans l'impossibilité de préparer une défense. Le texte, qui prévoit que l'employeur est tenu de recueillir les explications du salarié, est donc compris comme une simple possibilité de présenter des remarques improvisées à chaud.

De plus, il ne s'agit que de recueillir, et non de négocier, ni même de discuter ou de débattre. La Cour de cassation a ainsi considéré qu'un employeur qui n'avait pas fait asseoir le salarié et qui avait refusé de s'expliquer avec lui n'avait en rien violé ses obligations étant donné que, selon la Cour, l'employeur « n'est pas tenu d'engager une discussion sur le bien-fondé d'un éventuel licenciement » au cours de l'entretien (Soc. 22 novembre 2006, pourvoi n° 04-41768, *RDT* 2007. 6). L'entretien préalable est donc, pour la jurisprudence, une obligation très légère pour l'employeur.

Il est vrai que le fait de recevoir une lettre de convocation à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement est généralement suffisamment bouleversant pour le salarié pour qu'en pratique les employeurs s'abstiennent soigneusement d'envoyer de telles lettres avant que leur décision de licencier soit ferme et définitive. Les chances, pour le salarié, de renverser le cours des choses lors d'un entretien préalable sont donc, en pratique, minimes. Dans ces conditions, le plus souvent, le conseiller aura essentiellement un rôle de soutien moral. Il pourra aussi intervenir pour rappeler les droits du salarié quant aux conséquences de la rupture et l'aider à

Black plaque (368,1)

négocier ces conséquences. Il doit aussi veiller à éviter que, pris par l'émotion, le salarié ne signe n'importe quoi (v. n°s 438-441).

En définitive, l'entretien préalable est, pour l'essentiel, une obligation de dire au salarié en face la mesure que l'on envisage à son égard. Le dirigeant d'entreprise ou son représentant sont tenus de se confronter, physiquement, individuellement, aux personnes qu'ils licencient. Bien souvent, ils auraient préféré rester dans l'abstraction des chiffres et des lettres recommandées.

L'entretien préalable n'est donc qu'une forme, mais cette forme est une mesure de politesse essentielle, un minimum dû à la dignité du salarié licencié.

■ 451 Cette importance de l'entretien préalable a partiellement échappé aux juges. Ceux-ci l'ont vidé d'une partie de sa porté (v. Soc. 22 novembre 2006, *préc.*). Ils ont de plus interprété très restrictivement les sanctions d'une violation de l'obligation d'organiser un entretien préalable (v. n°s 484 à 486).

§ 2 La lettre de licenciement

■ 452 La lettre de licenciement est l'élément le plus important de la procédure de licenciement.

Le texte exige une lettre recommandée (L. 122-14-1 C. trav. ; L. 1232-6 ; L. 1233-15 ; L. 1233-39 recod.). Mais la jurisprudence accepte une lettre simple remise contre récépissé (Soc. 15 décembre 1999, *RJS* 2000, n° 264, pourvoi n° 97-44431). Une lettre recommandée avec accusé de réception reste en pratique, préférable, pour des raisons de preuve des dates. La lettre de licenciement fixe en effet les principales dates d'effet du licenciement. L'envoi de la lettre est la date de la rupture (Ass. plén. 28 janvier 2005, *Bull. Ass. plén.*, n° 1 ; *D.* 2005. Pan. 2503, obs. B. Lardy-Pélissier) et est donc la date à laquelle l'ancienneté du salarié est décomptée (Soc. 26 septembre 2006, *Bull.* V, n° 288 ; *RDT* 2006. 386, obs. B. Reynès ; *Dr. soc.* 2006. 1193 ; *Dr. soc.* 2005. 581, obs. G. Couturier) ou encore celle qui doit être prise en compte pour savoir si l'on est encore en cours d'essai (Soc. 11 mai 2005, *Dr. soc.* 2005. 920, obs. J. Mouly ; Soc. 23 mai 2007, pourvoi n° 06-41338). Le point de départ du préavis est fixé à la date de présentation de la lettre (L. 122-14-1 al. 1er C. trav. ; L. 1234-3 recod. ; Soc. 26 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 327) et c'est à compter de la réception de celle-ci qu'une transaction peut être signée (v. Soc. 14 juin 2006, *Bull. civ.*V, n° 215 ; *RDT* 2006. 172, obs. B. Lardy-Pélissier ; v. n° 484).

■ 453 La lettre ne peut être envoyée que 2 jours ouvrables après l'entretien préalable (art. L. 122-14-1 al. 2 ; L. 1232-6 recod.). L'idée est d'obliger l'employeur à ne pas agir sur le coup de la colère et à méditer quelque peu les résultats de l'entretien préalable. Vu qu'en pratique la décision est, généralement mûrement réfléchie et irrévocable avant même l'entretien, il y a là une pointe de naïveté. Il faut aussi y voir la compréhension, par le législateur, de la nécessité de ralentir la prise de décision, afin d'éviter les licenciements « minutes », les mouvements trop impulsifs et afin de laisser au salarié un peu de temps pour réaliser ce qui lui arrive.

Une durée plus longue est accordée dans certains cas (art. L. 122-14-1 al. 3 ; L. 1233-15 recod.).

Cette durée est de 7 jours en cas de licenciement économique concernant moins de 10 salariés sur une période de 30 jours.

Black plaque (369,1)

Elle est de 15 jours pour les cadres (au sens de l'art. L. 513-1 IV C. trav. ; L. 1441-6 recod.) dont le licenciement est individuel et ce, semble-t-il, quel que soit le motif de leur licenciement. Cette solution, qui permet une sorte d'allongement de la durée du préavis, est un avantage pour les cadres qui est loin d'être négligeable. Les cadres pourraient cependant être privé de cet allongement par la recodification, en cas de licenciement pour motif personnel. La règle a en effet été reprise à l'article L. 1233-15, lequel est situé au sein du chapitre sur le licenciement économique.

Ces différents allongements ne sont pas applicables en cas de redressement et de liquidation judiciaire (art. L. 122-14-1 al. 4 ; L. 1233-59 recod.).

454 Le point essentiel, dans la lettre de licenciement, est la mention obligatoire du motif de la rupture (art. L. 122-14-2 al. 1 et 2 C. trav. ; L. 1232-6 et L. 1233-16 recod.). Par la suite, ce motif est le seul qui pourra être invoqué par l'employeur au soutien de sa décision : il fixe les limites du litige. L'absence de motif, un motif imprécis, improprement qualifié ou *a fortiori* l'absence de lettre de licenciement équivalent donc à une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement (v. Ass. plén. 27 novembre 1998* ; Soc. 21 mars 2007, pourvoi n° 05-45060, *Bull. civ.* V, n° 53). La jurisprudence est assez rigoureuse dans l'appréciation de la précision du motif : elle exige que soit mentionnés des faits précis (Soc. 20 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995. 60 ; Soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 36 ; Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 50, etc.) et « matériellement vérifiables » (Soc. 14 mai 1996, *Bull. civ.* V, n° 189 ; Soc. 5 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 929 ; Soc. 10 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 161 ; Soc. 7 mai 2003, *Bull. civ.* V, n° 153).

section 2

La cause réelle et sérieuse

455 L'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement est le fruit de l'importante loi du 13 juillet 1973. Un temps réservée au seuls licenciement pour motif personnel, elle est aujourd'hui généralisée à toutes les sortes de licenciement (L. 122-14-3 C. trav. ; L. 1232-1 et L. 1233-2 recod.).

La règle, centrale, est aujourd'hui considérée comme un principe général du droit du licenciement, doté d'une valeur supra-légale. Elle peut en effet s'analyser comme une garantie d'exercice du droit au travail que garantissent l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels et s'interpréter comme dictée par la convention n° 158 adoptée en 1982 par l'OIT (v. en ce sens Paris 6 juillet 2007, n° 06/06992, *JCP* S 2007. 1565, note P. Morvan ; et au sujet de cet arrêt, E. Dockès, « Le juge et les politiques de l'emploi », *Dr. soc.* 2007. 911).

La charge de la preuve du caractère réel et sérieux du licenciement est répartie entre toutes les parties au procès et le juge peut y contribuer par toutes mesures d'instruction utiles (art. L. 122-14-3 al. 1er C. trav. ; L 1235-1 al. 1er recod.). Le risque de la preuve incombe, logiquement, à l'employeur : « si un doute subsiste, il profite au salarié » (art. L. 122-14-3 al. 2 ; L. 1235-1 al. 2 recod.). Les procédés de preuves déloyaux sont bien entendu écartés.

Black plaque (370,1)

La notion de « cause réelle et sérieuse », telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, a progressivement suivi les grandes lignes d'un schéma tracé dès le lendemain de la loi de 1973, par Jean Pélissier.

Mais, avant de savoir si la cause est « réelle » (§ 2) et « sérieuse » (§ 3) encore faut-il isoler, dans la grande chaîne des antécédents qui précèdent la décision de licencier, ce qu'il faut évaluer, ce qui est « la » cause (§ 1).

§ 1 Une cause première et déterminante

■ 456 Seule la « cause première et déterminante » peut être invoquée (Soc. 10 octobre 1990, *Méchin*, *Bull. civ*. V, n° 442 ; *Grands arrêts*, n° 101 ; Soc. 3 avril 2002, *RJS* 2002, n° 697, pourvoi n° 00-42.583). En conséquence, un salarié dont l'incompétence est avérée doit être licencié pour motif économique si la cause de cette incompétence est de type économique, par exemple un changement de machines. Le licenciement motivé par la longue absence perturbatrice pour l'entreprise d'un salarié est nul, si cette longue absence a été causée par un harcèlement moral subit, lequel est la cause première du licenciement et est aussi une cause prohibée (Soc. 11 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 301 ; *RDT*. 30-32, obs. E. Dockès).

Curieusement, par exception, la Cour de cassation semble encore admettre, formellement, que le licenciement d'un salarié malade puisse être causé par la perturbation que provoque la longue absence. Ce qui revient à oublier en chemin la cause première, à savoir la cause de l'absence, à savoir encore l'état de santé du salarié (v. not. Soc. 13 mars 2001 *Herbaut* ; Soc. 27 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 106). Mais, à l'étude, il ne s'agit que d'une maladresse de motivation, sans influence : la Cour de cassation n'accepte que très difficilement la validité du licenciement opéré dans un tel contexte. Et cette solution aurait fort bien pu s'intégrer au sein de la jurisprudence qui reconnaît comme licite, par exception, certaines utilisations de critères prohibés par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) (v. n° 378).

§ 2 Une cause réelle

La cause d'un licenciement n'est réelle que si elle est objective (A), existante (B) et exacte (C).

A. Une cause objective

■ 457 En fait, c'est souvent pour des raisons de sentiments, de mésentente, de perte de confiance, qu'un employeur souhaite se séparer d'un salarié. En droit, ces causes subjectives, psychologiques ne sont pas des justifications suffisantes. Ce n'est pas un sentiment qui peut causer, en droit, le licenciement. Seuls des faits objectifs le peuvent.

Cette solution ne s'est imposée que tardivement, à la suite de l'arrêt *Fertray*, du 29 novembre 1990*, lequel a affirmé expressément cette exigence d'objectivité et le rejet qui en résultait de la perte de confiance comme motif de licenciement. À la suite de cet arrêt, il a encore semblé, un temps que les motifs psychologiques pouvaient être des justifications, à la condition d'être étayés par des faits objectifs. Cependant, l'état d'esprit de l'employeur peut être à l'origine de la décision, mais il n'est pas une

Black plaque (371,1)

justification. Il était donc plus juste de dire que seuls les faits objectifs invoqués à l'appui d'un motif psychologique pouvaient être des causes justificatrices de licenciement, le motif psychologique devant, lui, être franchement écarté des débats (en ce sens, v. Soc. 29 mai 2001*). Sont ainsi considérés comme dépourvus de cause réelle et sérieuse les licenciements prononcés sur le motif de la mésentente entre salariés ou entre le salarié et l'employeur (Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 50 ; Soc. 27 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 360) de l'incompatibilité d'humeur (Soc. 2 avril 2003, *RJS* 2003, n° 719 ; Soc. 17 janvier 2001, *Bull. civ.* V, n° 13) ou des difficultés relationnelles (Soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 13).

458 Le caractère objectif nécessaire de la cause de licenciement limite de manière importante les faits invocables au soutien d'un licenciement. La cause du licenciement ne peut plus qu'être motivée soit par des motifs économiques, indépendants du salarié, soit par des motifs liés à la personne du salarié. Dans ce dernier cas, seules sont justifiantes les fautes du salarié ou son insuffisance professionnelle.

Les comportements des proches du salarié ne peuvent être en eux-mêmes des causes objectives : le comportement d'un parent, d'un allié du salarié ne crée aucun trouble *objectif* dans les rapports de travail entre le salarié et l'employeur. Ils ne peuvent que créer des angoisses, des craintes, des méfiances, soit autant de sentiments, de causes subjectives non justifiantes. L'exigence d'un caractère objectif de la cause du licenciement conduit donc, logiquement à invalider les licenciements motivés par le comportement du conjoint (Soc. 29 novembre 1990*, *préc.* ; Soc. 21 septembre 2006*), du concubin de celle-ci (Soc. 27 mai 1998, *RJS* 1998, n° 1185), du fils du salarié (Soc. 12 janvier 1993, *Dr. soc.* 1993. 187) ou de la sœur de la salariée (Soc. 21 mars 2000, *RJS* 2000, n° 509).

B. Une cause existante

459 La nécessité pour la cause d'être existante est relativement évidente : les faits invoqués par l'employeur pour justifier la rupture doivent avoir existés. En droit, cela signifie que ces faits doivent pouvoir être prouvés devant le juge : *idem est non esse et non probari* (ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un).

Cette exigence de la preuve, banale en droit, ne l'a pas toujours été en droit du travail. Dans un excessif respect pour le pouvoir des employeurs, certains juges avaient tendance à croire l'employeur sur sa parole, lorsqu'il invoquait une insuffisance professionnelle du salarié (Soc. 7 janvier 1976, *D.* 1976. IR. 41 ; Soc. 31 mars 1977, *Jur. Soc. UIMM* 1977, p. 348). Cette étrange résurgence des règles de preuves du pire XIXe siècle (sur la règle selon laquelle l'employeur était cru sur sa parole en matière de salaire, v. n° 9), a fort heureusement cessé. Pour être une cause réelle de licenciement, l'insuffisance professionnelle alléguée doit être étayée sur des faits objectifs prouvés (v. déjà, Soc. 1er juillet 1981 et 5 novembre 1981, *Dr. ouvrier* 1982. 180). Et de simples soupçons que l'employeur peut avoir quant à des actes répréhensibles du salarié ne constituent pas une cause réelle de licenciement (Soc. 25 juin 1991, *RJS* 1991, n° 1081 ; Soc. 16 mai 1991, *RJS* 1991, n° 825 ; Soc. 12 mars 1991, *JCP* E 1991. II. 176 ; v. cpdt, Soc. 14 janvier 1992, *RJS* 1992, n° 149 ; Soc. 12 mars 1991, *Dr. soc.* 1991. 626).

À proprement parler, la charge de la preuve des faits invoqués est répartie entre toutes les parties qui doivent collaborer au travail sur la preuve. Et le juge est tenu, lui

aussi, de jouer un rôle actif dans cette recherche, en ordonnant toutes les mesures d'instruction utiles (art. L. 122-14-3 al. 1er C. trav. ; L. 1235-1 al. 1er recod.).

Mais le risque de la preuve pèse entièrement sur l'employeur : en cas de doute irréductible sur l'existence des faits invoqués par l'employeur, le licenciement est dit sans cause réelle et sérieuse (art. L. 122-14-3 al. 2 C. trav. ; L. 1235-1 al. 2 recod.). Il est à noter que l'employeur ne peut invoquer de faits et d'évaluations qu'obtenus conformément aux règles qui encadrent les moyens de contrôle et d'évaluation des salariés (v. not. n° 181).

C. Une cause exacte

■ 460 Il ne suffit pas que la cause invoquée par l'employeur existe pour qu'elle soit la véritable raison pour laquelle le licenciement a été décidé. Ainsi, par exemple, un licenciement prononcé au motif d'un vol mineur, qui a bien eu lieu, a été déclaré sans cause réelle et sérieuse, dès lors qu'il était avéré que la cause exacte, véritable, du licenciement, était le témoignage de la salariée, défavorable à l'employeur, dans un procès de divorce (Soc. 28 octobre 1981, *Demoiselle G* c. *SA Hôtel Foch*, *Bull. civ.* V, n° 836 ; *Grands arrêts*, n° 99 ; *Dr. ouvrier* 1982. 195).

Ainsi, la cause invoquée peut être avérée, objective, suffisamment sérieuse et ne pas permettre de légitimer le licenciement : les juges écarteront cette cause pour ne s'intéresser qu'à la motivation réelle de l'employeur, lorsque cette motivation peut être prouvée.

■ 461 Une telle situation est fréquente. Lorsqu'un employeur veut se séparer d'un salarié pour des raisons inavouables, le premier prétexte qui passera à portée de sa main se transforme facilement en tentation. Pour peu qu'un certain autoritarisme règne, les syndicalistes, grévistes, ou tout simplement les salariés qui ne se « courbent » pas assez vite feront souvent les frais de tels licenciements pour cause objective, existante, sérieuse, mais inexacte. La preuve de l'inexactitude est souvent difficile. Ce n'est guère, en pratique, qu'en présence d'une forte raison illégitime de licencier que le prétexte invoqué sera écarté (v. par ex. Soc. 28 avril 1994, *Dr. soc.* 1994. 719).

■ 462 Des causes personnelles inexactes sont aussi, très souvent utilisées pour contourner la lourde procédure de licenciement pour motif économique. La manœuvre est alors parfois assez grossière. La Cour de cassation ordonne de la sanctionner dès lors qu'elle peut être prouvée (v. not. Soc. 26 mai 1998, *RJS* 1998, n° 840). Les sanctions encourues sont relativement élevées : la cause personnelle mentionnée dans la lettre de licenciement est la seule qui puisse être invoquée en justice. Si elle est écartée comme inexacte, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse, même si l'invocation d'une cause économique aurait permis de justifier le licenciement. De plus, la procédure de licenciement économique ayant été violée, cela conduira à l'annulation des licenciements prononcés pour cause personnelle inexacte, à chaque fois qu'un plan de sauvegarde de l'emploi aurait été impératif (v. par ex. les arrêts *Alcatel France Câbles* de la cour d'appel de Versailles, du 9 novembre 2004, ordonnant la réintégration de 170 salariés licenciés pour motifs personnels, la cause exacte étant une restructuration pour motif économique, *Dr. ouvrier* 2004. 493, obs. M. Bonnechère ; sur le plan de sauvegarde de l'emploi et la nullité du licenciement économique, v. n° 562).

Black plaque (373,1)

§ 3 Une cause sérieuse

463 Le caractère sérieux de la cause est une mesure de l'intensité : pour légitimer la rupture, la cause doit être suffisamment intense. Il y a là un contrôle des juges non sur l'opportunité de la rupture, mais sur une certaine proportionnalité entre la cause invoquée et la mesure adoptée. Ce contrôle de proportionnalité est expressément consacré en matière disciplinaire (v. l'art. L. 122-43 al. 2 C. trav. ; L. 1333-2 recod.). L'idée est appliquée en matière de licenciement économique (v. n° 575). Et il y a tout lieu de penser qu'un contrôle similaire s'exerce encore en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle. L'exigence d'un motif sérieux, telle qu'interprétée par la jurisprudence, emporte donc contrôle de la proportionnalité entre le licenciement et son motif. Ce contrôle, doit être mené *in concreto* par les juges. Il a donné lieu à une casuistique importante.

464 La notion de « cause réelle et sérieuse » est une notion légale impérative, d'ordre public social : la préqualification contractuelle de cause réelle et sérieuse de licenciement de tel ou tel événement ou comportement est donc dénuée d'effets (Soc. 14 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 367 ; Soc. 2 mars 2005*). Par conséquent, l'irrespect des résultats ou des objectifs contractuellement acceptés par le salarié ne peuvent être en eux-mêmes des causes réelles et sérieuses de licenciement. Il convient de rechercher la raison qui est à l'origine de la non-réalisation de ses objectifs par le salarié. Et ce d'autant plus que le salarié n'a pas à supporter le risque économique de l'activité de l'employeur. Pour qu'il soit cause sérieuse l'irrespect d'un objectif doit être dû à une faute sérieuse ou à une véritable insuffisance professionnelle du salarié, ce qui reste à prouver (v. par ex. Soc. 30 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 143 ; Soc. 2 décembre 2003, *RJS* 2004, n° 184).

465 Il est en revanche possible de prévoir, par contrat ou convention collective, que tel ou tel événement ne sera pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. De telles dispositions, favorables au salarié, sont efficaces (Soc. 28 février 1996, *RJS* 1996, n° 390) : elles ne contredisent pas la règle qui impose qu'un licenciement soit, *au minimum*, fondé par une cause réelle et sérieuse.

section 3

Les suites du licenciement licite

466 L'acte juridique de licenciement est accompli avec l'envoi de la lettre de licenciement. Le salarié a alors droit, à un préavis et à des indemnités, sauf si le licenciement a été justifié par sa faute grave ou lourde (§ 1). Fréquemment, cependant, les employeurs faisaient signer à leurs salariés, au moment de la rupture, des accords sur les conséquences de cette rupture qui s'analysaient en une renonciation des salariés à une partie de leur droit. L'encadrement actuel de la transaction et l'évolution du reçu pour solde de tout compte interdisent aujourd'hui de telles manœuvres (§ 2).

Black plaque (374,1)

§ 1 Préavis et indemnités

467 Le salarié licencié a droit, en principe, à trois types d'avantages. Il bénéficie d'un préavis de licenciement, ce qui lui permet d'obtenir un salaire durant l'exécution de ce préavis (A). Il a droit à des indemnités de licenciements (B). Ces deux premiers droits ne sont dus qu'en l'absence de faute grave du salarié (C). En outre, le salarié doit recevoir une indemnité compensatrice des droits à congés payés qu'il a gagnés par son travail, mais qu'il n'a pas eu le temps de prendre, du fait du licenciement. Cette indemnité n'est que le versement d'un gain passé. Elle peut toutefois être perdue, mais seulement en cas de faute lourde du salarié (D).

A. Préavis

468 La durée du préavis de licenciement, autrement dit « délai-congé », varie selon l'ancienneté. En dessous de 6 mois d'ancienneté, le salarié n'a droit qu'au délai de préavis que les conventions collectives ou à défaut les usages de la profession prévoient (art. L. 122 -6 C. trav. ; L. 1234-1 1° recod.). Entre 6 mois et 2 ans d'ancienneté le minimum légal est d'1 mois (art. L. 122-6 2° C. trav. ; L. 1234-1, 2° recod.). Au-delà de 2 ans, le délai est de 2 mois (art. L. 122-6, 3° ; L. 1234-1 3° recod.). Il s'agit d'un délai préfix qui, comme tel, ne souffre ni interruption, ni suspension. La maladie du salarié, par exemple, suspend le contrat de travail, mais laisse le temps de préavis s'écouler.

Pendant toute la durée du délai de préavis, le contrat de travail continue à s'appliquer pleinement, avec tous ses effets obligatoires pour l'employeur comme pour le salarié. Simplement, le plus souvent, la convention collective ou l'usage de la profession prévoient qu'une partie du temps de travail peut être consacrée à la recherche d'emploi. Le plus souvent ce temps est égal à 2 heures par jour.

Le contrat conserve pendant le préavis sa nature de contrat à durée indéterminé et peut donc toujours être rompu, par la démission du salarié ou le licenciement par l'employeur. Un tel licenciement prononcé contre un salarié déjà licencié peut faire sens lorsque le second licenciement est prononcé pour faute grave. Il prive le salarié du préavis restant à courir (Soc. 12 décembre 2001, *RJS* 2002, n° 169) Mais les indemnités de licenciement restent acquises (Soc. 5 avril 1990, *Bull. civ.* V, n° 176).

469 L'employeur peut dispenser le salarié de travailler pendant son préavis. Cette dispense conduit au versement d'une indemnité compensatrice égale à la rémunération qu'aurait touchée le salarié s'il avait effectué son préavis (art. L. 122-8 al. 3 C. trav. ; L. 1234-5 recod.). Cette indemnité ne peut être réduite par la suite, même si, pendant la durée du préavis l'employeur découvre une faute grave ou lourde du salarié (Soc. 10 juin 2003, *RJS* 2003, n° 1006). La dispense de préavis rend en quelque sorte la rupture effective et définitive, même si, en droit, le contrat continue à exister jusqu'à l'échéance du préavis, ce qui a pour conséquence, notamment, de retarder d'autant le versement des indemnités liées au chômage.

B. Indemnités de licenciement

470 Le coût du licenciement est un important élément de mesure de la sécurité de l'emploi (plus c'est cher et moins on licencie). Le faible montant des indemnités

Black plaque (375,1)

légales de licenciement donne une idée de la faible sécurité de l'emploi que la loi accorde aux salariés sous contrat de travail à durée indéterminée.

L'indemnité légale minimale de licenciement est prévue par l'article L. 122-9 du Code du travail (L. 1234-9 recod.) est réservée aux salariés comptant plus de 2 ans d'ancienneté ininterrompue. Son montant est fixé par l'article R. 122-2 du Code du travail. En principe, il est d'un dixième de mois de salaire par année d'ancienneté, plus un quinzième de mois par année d'ancienneté au-delà de 10 ans. Un salarié qui a 10 ans d'ancienneté a ainsi droit à 1 mois de salaire d'indemnité de licenciement. Un salarié qui a passé 20 ans au service de l'entreprise partira avec 2,67 mois de salaire. Ces montants sont doublés en cas de licenciement pour motif économiques. Ils n'en demeurent pas moins ridiculement faibles..

471 De nombreuses conventions collectives améliorent ces minima. La loi elle-même a prévu des avantages supplémentaires pour certaines catégories professionnelles. La sécurité de l'emploi apparaît par exemple nécessaire à l'exercice, en pratique, de la liberté de la presse, surtout lorsque les principaux médias sont contrôlés par quelques grands groupes financiers. Pour cette raison et grâce à leur influence politique, les journalistes bénéficient d'une indemnité de licenciement d'1 mois de salaire par année d'ancienneté, plafonnée, en principe, à 15 mois (art. L. 761-5 C. trav. ; recod en partie R.).

C. Faute grave

472 La faute grave, qui prive le salarié de préavis et d'indemnités de licenciement, est une faute disciplinaire, c'est donc en principe une violation du contrat de travail (v. n°s 114-116). Il s'agit en plus d'une faute qui doit, au dire de la Cour de cassation, être si forte qu'elle rend « impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée même limitée du préavis » (Soc. 2 février 2005*). La formule, présente en substance dans des dizaines d'arrêts de la Cour de cassation, est restée inchangée, à quelques menues nuances près, depuis fort longtemps (v. déjà, Soc. 14 juin 1961, *Bull. civ.* V, n° 639).

La faute s'apprécie *in concreto* et l'on s'épuiserait à faire la liste des fautes qui ont été ou non qualifiées de graves. Il faut se contenter de noter quelques directions.

Une certaine sévérité est signifiée par les termes utilisés par la Cour de cassation : le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant une durée limitée, est dit « impossible ». Le terme est fort.

Cependant, malgré ce terme, une interprétation assez laxiste de l'idée de faute grave a été adoptée, pendant quelques années par la Cour de cassation. La désobéissance du salarié était alors qualifiée de faute « en principe » grave (v. n° 86 et 87, Soc. 10 juillet 1996, *Le Berre**). Pareille interprétation a depuis été corrigée et la désobéissance du salarié n'est plus en principe grave (Soc. 9 avril 2002, *Bull. civ.* V, n° 123 ; Soc. 7 septembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 223 ; Soc. 21 février 2007, pourvoi n° 05-45741). Il s'agit d'une faute, le plus souvent sérieuse. Mais, *a priori*, il en faut plus qu'une simple désobéissance ponctuelle pour rendre « impossible » le maintien du salarié à son poste pendant la durée limitée du préavis.

473 Le comportement de l'employeur peut exclure la qualification de faute grave. L'employeur qui laisse travailler le salarié même après qu'il ait découvert la faute, démontre que le salarié, malgré sa faute, pouvait continuer à travailler. Rien

n'empêchait dès lors de lui faire exécuter son préavis. Il ne s'agit pas d'une faute grave.

La jurisprudence tient ce raisonnement de manière constante, depuis de nombreuses années. Elle considère ainsi que le fait d'avoir laissé le salarié exécuter son préavis (Soc. 12 juillet 2005*) ou simplement d'avoir tardé à entamer la procédure de licenciement après avoir eu connaissance de la faute (Soc. 22 octobre 1991*) empêche l'employeur de se prévaloir d'une faute grave. En revanche, la Cour de cassation admet que l'employeur invoque une faute grave s'il n'a conservé le salarié dans l'entreprise que pendant le temps d'expédier au plus vite la procédure de licenciement (Soc. 8 juillet 1985, *Bull. civ.* V, n° 406, maintien dans l'entreprise pendant une semaine, le temps d'exécuter la procédure de licenciement). Et ce, bien que la faute grave permette de justifier une mise à pied conservatoire, qui éloigne le salarié de l'entreprise pendant la procédure de licenciement. L'idée de la Cour est de ne pas obliger l'employeur qui veut invoquer une faute grave à utiliser de telles mesures conservatoires (Soc. 4 novembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 530).

D. Faute lourde

474 Sommet de la hiérarchie des fautes que peut commettre le salarié, la faute lourde est la faute qui fait tomber toutes les protections. Outre qu'elle prive le salarié de préavis et d'indemnités de licenciement, elle supprime l'indemnité compensatrice de congés payés et prive ainsi le salarié de droits qu'il avait préalablement acquis. Elle permet de licencier un salarié gréviste. Elle seule permet encore d'engager la responsabilité délictuelle du salarié vis-à-vis de son employeur (solution admise depuis Soc. 27 novembre 1958, *Société des forges stéphanoises*, *Bull. civ*. IV, n° 1258 ; *Grands arrêts*, n° 46 ; *D.* 1959. 20, note R. Lindon ; *JCP* 1959. II. 11143, note J. Brethe de la Gressaye ; *RTD civ.* 1959. 753, note J. Carbonnier). Non seulement le salarié pourra ainsi être licencié sans aucune indemnité, mais il pourra encore être condamné à céder la maison et la voiture qu'il n'avait pas encore fini de rembourser, pour indemniser l'employeur du préjudice que sa faute lui a fait subir. Lorsque la faute est lourde, les conséquences peuvent être écrasantes.

Cette faute n'est logiquement reconnue que très exceptionnellement par les juges. Elle doit non seulement être d'une exceptionnelle gravité, mais elle doit en outre avoir été commise volontairement, sciemment, dans l'intention de nuire à l'employeur (v. par ex. Soc. 16 février 1989, *Aznar*, *RJS* 1989, n° 380 ; Soc. 16 mai 1990, *Bazillet* ; *Bull. civ.* V, n° 228 ; Soc. 31 mai 1990* ; Soc. 29 novembre 1990, *Laborie*, *RJS* 1991, n° 17 ; Soc. 5 décembre 1996, *Dr. soc.* 1997. 195, obs. G. Couturier ; Soc. 28 novembre 2001, *RJS* 2002, n° 144). La faute lourde est, en droit du travail, une faute intentionnelle.

§ 2 Transaction

475 Une transaction est un contrat très particulier. Elle a pour objet et pour effet de clore un litige, ce dont il découle, aux termes de l'article 2052 du Code civil, que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort » (art. 2052 C. civ.). L'objet de la transaction ne peut plus être soumis au juge. Les demandes en justice qui seraient présentées par l'une ou l'autre des parties à la transaction sont déclarées irrecevables.

Black plaque (377,1)

Cette irrecevabilité peut avoir un large champ d'application, pour peu que la transaction soit rédigée en termes très généraux (v. not. Ass. plén. 4 juillet 1997, *Gaudinat*, *Bull. Ass. plén.*, n° 10 ; *Grands arrêts*, n° 115 ; *Dr. soc.* 1997. 978, obs. G. Couturier ; *JCP* 1997. II. 22952, note D. Corrignan-carsin). Seules les questions qui n'ont pas été traitées peuvent encore faire l'objet de demandes en justice (Soc. 6 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 228 ; *D.* 1999. Somm. 43, obs. Serge Frossard ; Soc. 12 octobre 1999, *Bull. civ*. V, n° 377).

476 Cet effet radical rend les transactions particulièrement dangereuses. Pendant longtemps leur validité fut très largement admise. Il suffisait alors aux employeurs d'obtenir la signature d'une transaction, lors de l'entretien préalable ou même avant (v. par ex. Soc. 17 novembre 1982, *Bull. civ.* V, n° 627), pour priver le salarié de tout recours ultérieur. La manœuvre était grossière, fréquente et terriblement efficace. Les salariés, mal informés de leurs droits et psychologiquement affaiblis par l'annonce de leur licenciement, signaient souvent de larges renonciations à leurs droits en échange d'un petit chèque, bien inférieur à leur dû et présenté comme un geste généreux (pour l'acceptation de telles transactions, v. par ex., Soc. 14 janvier 1988, *Dr. soc.* 1998. 437, note H. Blaise). Sauf à démontrer un vice du consentement, il n'était plus, alors, de recours possibles. Dans ce contexte, l'ouvrier, peu au fait de ses droits, était en général définitivement spolié. Malheur aux ignorants !

Pourtant, les transactions entraient alors en conflit avec les règles du reçu pour solde de tout compte, ce qui aurait dû conduire à leur prohibition (A). Plutôt que de retenir cette solution, la jurisprudence a préféré réagir, tardivement, en encadrant davantage la validité des transactions. L'exigence de concessions réciproques a pris beaucoup d'ampleur (B) et les transactions ne peuvent être conclues qu'après que la rupture du contrat a été consommée (C).

A. Transaction et reçu pour solde de tout compte

477 La transaction est un acte issu du droit commun et réglementé par le Code civil (art. 2044 à 2058). La validité de principe de ce type de contrat en droit du travail n'a jamais été contestée. En revanche, son utilisation pour régler les litiges qui suivent la rupture du contrat de travail a pu sembler juridiquement exclue. Un acte spécifique du droit du travail, le reçu pour solde de tout compte (art. L. 122-17 C. trav. ; L. 1234-20 recod.), avait en effet le même objet que les transactions. En vertu de l'adage *specialia generalibus derogant* (le spécial déroge au général), le reçu pour solde de tout compte et sa réglementation spéciale auraient dû faire exception et se substituer aux transactions. La jurisprudence n'a pas tenu compte de cet argument et a admis la validité des transactions pour régler les conséquences de la rupture du contrat de travail (Soc. 18 mai 1953, *Bull. civ.* IV, n° 280). Les protections instituées en matière de reçu pour solde de tout compte ont ainsi pu être allègrement contournées.

478 Depuis la loi du 17 janvier 2002, ce conflit a cessé d'être. Le reçu pour solde de tout compte n'a plus pour objet de clore les litiges relatifs à la résiliation du contrat de travail. Il n'a plus que la valeur d'un « simple reçu des sommes qui y figurent » (art. L. 122-17 C. trav. ; L. 1234-20 recod.) et ne ferme aucunement l'action en justice. La transaction est donc devenue le seul acte par lequel l'employeur peut tenter d'interdire au salarié d'agir en justice pour contester les conséquences du licenciement.

Black plaque (378,1)

B. Concessions réciproques

■ 479 Depuis 1989, la chambre sociale exige, à peine de nullité, que les transactions sur les conséquences de la rupture du contrat de travail, contiennent des concessions réciproques, c'est-à-dire des concessions de l'employeur comme du salarié (Soc. 18 octobre 1989, *Bull. civ.* V, n° 604 ; Soc. 27 mars 1996, *Interlac**).

En droit du licenciement, comme souvent, l'employeur a le privilège du préalable : c'est lui qui accorde ou qui n'accorde pas certaines sommes aux salariés. Dès lors, si action en justice il y a, cette action en justice est toujours diligentée par le salarié. La concession du salarié est ainsi facile à trouver : il s'engage à ne pas agir en justice. En revanche, la concession de l'employeur de ne pas agir en justice n'en est pas une, puisqu'en toute hypothèse il n'a aucun intérêt à agir en justice, ce serait agir contre lui-même. Les concessions de l'employeur doivent donc être ailleurs. La solution s'est alors imposée : pour que ses concessions soient réelles, l'employeur doit accorder au salarié des sommes supérieures à celles dues par application des règles légales et conventionnelles.

■ 480 La difficulté est de savoir quelles étaient ces sommes. Celles-ci dépendent en effet du motif du licenciement : s'il s'agit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, les sommes dues ne sont pas les mêmes que s'il s'agit d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse ou d'un licenciement pour faute grave. L'appréciation du motif est nécessaire à l'appréciation des concessions de l'employeur.

Ceci compris, il semble que la transaction ne bloque plus l'action en justice que d'une manière bien théorique. Certes, elle interdit au salarié de réclamer directement un supplément d'indemnité de licenciement. Mais elle ne lui interdit pas d'attaquer la validité de la transaction, laquelle dépend des sommes qui lui sont dues. Il y aurait là une sorte d'hypocrisie juridique. Par la transaction, le salarié ne peut réclamer les sommes qui lui sont dues. Mais si ces sommes ne lui ont pas été accordées, la transaction est nulle. Et il peut les réclamer. Les transactions ne rendraient irrecevables que les demandes vouées à l'échec. Elles ne bloqueraient pas les demandes vouées au succès.

■ 481 Pour éviter de rendre ainsi les transactions transparentes, la jurisprudence a adopté une position intermédiaire. Les juges sont maîtres de la qualification des faits évoqués dans la transaction. Mais il leur est interdit de revenir sur la preuve de ces faits. Face à une transaction, le rôle du juge serait ainsi assez proche de celui de la Cour de cassation : contrôle de la qualification des faits et non-appréciation de la preuve des faits. Cette solution a été affirmée très clairement par la Cour de cassation. L'arrêt *Interlac* du 27 mars 1996* affirme le pouvoir des juges de redresser une qualification erronée (les faits mentionnés n'étaient pas constitutifs d'une faute grave) et un arrêt du 21 mai 1997 (*Dr. soc.* 1997. 745, obs. G. Couturier) casse un arrêt d'appel qui avait apprécié les faits et les preuves. Entre qualification et appréciation de la preuve, la frontière est souvent difficile. La différence juridique n'en est pas moins claire. Et une transaction bien rédigée, imputant au salarié de grandes fautes, sera incontestable, même si ces fautes se révèlent être de purs mensonges.

Outre les faits mentionnés dans la transaction elle-même, les faits incontestables ou incontestés peuvent servir à la requalification. De tels faits n'ont pas à être prouvés. Pour un juge, les prendre en compte n'est donc pas revenir sur des questions de preuve des faits.

Black plaque (379,1)

Ainsi, l'exécution par le salarié d'un préavis de 3 mois démontre que la cause du licenciement n'était pas une faute grave, puisque n'était pas impossible l'exécution du contrat de travail, même pendant la durée limitée du préavis (v. n° 472) (Soc. 25 février 1997, *RJS* 1997, n° 411). Ainsi encore, une lettre de licenciement dont les motifs exprimés sont insuffisants permet de requalifier la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 23 janvier 2001, *Bull. civ*. V, n° 21).

482 La qualification du motif de la rupture appartient au juge qui apprécie la validité d'une transaction. Cela signifie que les parties ne peuvent transiger sur cette qualification. Une transaction qui aurait pour objet de transiger sur le caractère de démission ou de licenciement d'une rupture est donc sans effet (Soc. 16 juillet 1997, *Dr. soc*. 1997. 977, obs. G. Couturier).

En revanche, rien n'interdit de conclure d'abord une rupture d'un commun accord, puis de conclure une transaction. Si la rupture d'un commun accord est valide, la transaction qui la suit (et qui doit être un acte séparé) pourra être dotée facilement de concessions de la part de l'employeur : l'employeur n'a en effet aucune obligation légale d'indemnisation en cas de rupture d'un commun accord et une somme modique versée sera dès lors une concession. La conclusion d'une rupture d'un commun accord est ainsi, pour le salarié, un risque important de renonciation aux avantages du licenciement. Et c'est vers la jurisprudence sur la validité de ce type de rupture qu'il faudra se tourner pour tenter de trouver une protection des salariés (v. n°s 438-439).

483 Des concessions sont nécessaires, mais la Cour ne vérifie pas si les concessions sont suffisantes. Elles doivent simplement ne pas être négligeables. Une concession qui n'est pas « appréciable » n'est pas une concession. Il a ainsi été jugé, par exemple que la concession de verser 15 000 francs alors que l'indemnité due s'élevait à 12 496 francs était insuffisante (Soc. 19 février 1997*).

C. Date de conclusion

484 L'article L. 122-14-7 alinéa 3 du Code du travail (L. 1231-4 recod.) interdit aux salariés de renoncer par avance aux règles du licenciement. En application de ce texte, la Cour de cassation annule toute transaction conclue avant que la rupture soit « intervenue et définitive » (Soc. 29 mai 1996, *Purier**). Cette solution permet d'éviter les signatures extorquées lors de l'entretien préalable : le salarié ne peut valablement signer que lorsqu'il a en main la lettre de licenciement, laquelle fixe le motif, et met le salarié dans une situation de plus grande indépendance (l'irrémédiable a déjà eu lieu...). La Cour a précisé que la transaction ne peut être valablement conclue qu'après la réception de la lettre de licenciement (Soc. 21 mars 2000, *RJS* 2000, n° 528, 2e esp. ; Soc. 14 juin 2006, *Bull*. civ. V, n° 215 ; *RDT* 2006. 172, obs. B. Lardy-Pélissier ; Soc. 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-44071) et que cette lettre devait être une « lettre recommandée avec demande d'avis de réception » (Soc. 18 février 2003*). Cette exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception est ajoute un petit peu à la procédure de licenciement. Mais, en matière de transaction il est particulièrement important d'avoir une date certaine.

La lettre de licenciement doit contenir les motifs de la rupture afin que le salarié puisse apprécier la teneur des concessions faites par l'employeur dans la proposition de transaction (Soc. 14 juin 2006 et 20 décembre 2006, *préc.*).

Black plaque (380,1)

Il reste à savoir si il faut attendre la fin du préavis lorsque celui-ci est exécuté (comme c'était le cas en matière de reçu pour solde de tout compte : Soc. 23 juin 1998, *Dr. soc.* 1989. 829, obs. J. Savatier). Cette solution n'a pas encore été expressément consacrée. Mais elle est logique : tant que le salarié exécute un travail subordonné, il se trouve sous la dépendance de l'employeur. Et, tant que le contrat de travail s'exécute, toute renonciation du salarié est une renonciation « par avance » au droit de se prévaloir des règles du licenciement.

D. Nullité de la transaction

■ 485 Si elle a été conclue en violation de l'une des conditions sus-décrites, la transaction est nulle. La question est de savoir de quel type de nullité il s'agit.

Lorsque la transaction est conclue de manière anticipée, il s'agit d'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le salarié (Soc. 28 mai 2002*). On peut penser qu'il en va de même en l'absence de concessions de l'employeur. Par application de l'article 1304 du Code civil, la nullité relative est prescrite après 5 ans (Soc. 14 janvier 2003, *RJS* 2003, n° 343).

En revanche, la protection contre le licenciement d'un représentant du personnel ou un délégué syndical ne correspond pas à leurs seuls intérêts mais à l'intérêt de la collectivité des salariés. La nullité de la transaction signée en violation de ces règles est alors une nullité absolue, qui peut être invoquée par l'employeur (Soc. 16 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 98).

section 4

Sanctions du licenciement illicite

■ 486 Les sanctions des règles de procédure sont, en principe, très modestes. Elles le sont à ce point qu'un licenciement en violation des règles de forme est généralement qualifié de licenciement « irrégulier », la qualification de licenciement « illicite » étant réservée au licenciement sans cause réelle et sérieuse, lequel occasionne de véritables sanctions. Cette terminologie est peu convaincante, un licenciement irrégulier en la forme n'étant pas moins « illicite », c'est-à-dire fait en violation de la loi, qu'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Certaines obligations procédurales sont cependant considérées comme substantielles : elles affectent la validité du licenciement dans son ensemble. Il en va ainsi des principaux éléments de la procédure du licenciement pour motif économique (v. n°s 533 à 562).

■ 487 En droit commun du licenciement, la seule obligation de procédure à être jugée substantielle est la mention expresse des motifs dans la lettre de licenciement. Cette irrégularité est assimilée à une absence de cause réelle et sérieuse et ce depuis 1990 (Soc. 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 598 ; Ass. plén. 27 novembre 1998*). L'obligation de motiver la lettre de licenciement est, par conséquent, l'obligation de la procédure de droit commun qui a de très loin, le plus de force juridique. L'absence de lettre emporte bien entendu absence de motifs exprimés au sein de la lettre. En

Black plaque (381,1)

outre, sont assimilées par la jurisprudence à une absence de motifs exprès et donc à une absence de cause réelle et sérieuse, l'imprécision des motifs (v. not. Soc. 20 octobre 1994, *Dr. soc.* 1995. 60 ; Soc. 25 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 36 ; Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 50) ou la mention d'un motif qui n'est pas « matériellement vérifiable » (Soc. 14 mai 1996, *Bull. civ.* V, n° 189 ; Soc. 5 juillet 2000, *RJS* 2000, n° 929 ; Soc. 10 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 161).

Les sanctions de principe des irrégularités de forme et de fond sont prévues à l'article L. 122-14-4 du Code du travail (L. 1235-2 à L. 1235-4 recod.) (§1). Cependant ces sanctions de principe subissent deux très importantes exceptions, puisqu'elles ne s'appliquent pas aux petites entreprises de moins de onze salariés, ni aux salariés de moins de deux ans d'ancienneté (art. L. 122-14-5 C. trav. et L. 1235-5 recod.) (§ 2). En outre, lorsque le licenciement porte atteinte aux droits et libertés, lorsqu'il est discriminatoire ou lorsqu'il viole certaines protections spéciales, il est nul (§3).

§ 1 Sanctions de principe

488 L'article L. 122-14-4 du Code du travail (L. 1235-2 à L. 1235-4 recod.) fixe les sanctions applicables en cas de violation des règles du droit du licenciement. Mais il n'est applicable qu'à deux conditions cumulatives : il faut, premièrement, que le travailleur licencié ait au moins 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise et, deuxièmement, qu'il travaille dans une entreprise qui emploie habituellement au moins 11 salariés (art. L. 122-14-5 C. trav. ; L. 1235-5 recod.). Les sanctions prévues par ce texte sont appliquées différemment en présence ou en l'absence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

A. En présence d'une cause réelle et sérieuse

489 Selon le texte de l'article L. 122-14-4 du Code du travail, en présence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la violation de la procédure de licenciement entraîne trois sanctions cumulatives : « le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue (*première sanction*) et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (*deuxième sanction*) » (al. 1er) et « le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié concerné (*troisième sanction*) » (al. 2).

En violation de ce texte, mais en conformité avec la jurisprudence qui refusait de l'appliquer (Soc. 26 mars 1980, *ASSEDIC* c. *Roques**), la recodification a supprimé la troisième de ces sanctions. Désormais, seules les deux premières sont visées (L. 1235-2 recod.). Si l'on en croit le futur nouveau Code du travail, le remboursement ordonné en faveur des ASSEDIC est réservé aux licenciements sans cause réelle et sérieuse et aux licenciements économiques réalisés en violation de l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (art. L. 1235-4 recod.).

490 L'obligation d'accomplir la procédure est inscrite en toutes lettres dans le texte actuel du Code du travail (art. L. 122-14-4 C. trav. : « le tribunal saisi doit... »), comme dans le texte recodifié (L. 1235-2 recod. : « ... le juge impose à l'employeur... »). Pourtant, cette

obligation univoque a été interprétée comme une simple faculté, pour le juge, d'ordonner un tel accomplissement (Soc. 16 mars 1978, *Debeaurain** ; Soc. 15 novembre 1979, *Bull. civ.* V, n° 855).

■ 491 Finalement, après l'interprétation destructrice de la jurisprudence (et du recodificateur), seule l'indemnité maximale d'1 mois de salaire est appliquée automatiquement par les juges. Sans doute ceux-ci ont-ils été séduits par cette idée d'indemnité maximale, qui plafonne la réparation du préjudice subi. Un tel maximum, si original en droit de la responsabilité, est un signe du peu de cas que le législateur a fait de la procédure de licenciement qu'il a instituée. Pourvu qu'il reste inférieur à 1 mois de salaire, le montant de l'indemnité est souverainement évalué par les juges du fond. La Cour de cassation a précisé qu'il devait tout de même être non nul (Soc. 23 janvier 1991, *RJS* 1991, n° 1308 ; Soc. 11 mars 1998, *RJS* 1998, n° 585).

B. En l'absence de cause réelle et sérieuse

■ 492 En l'absence de cause réelle et sérieuse le texte de l'article L. 122-14-4 du Code du travail prévoit trois sanctions possibles (L. 1235-3 et L. 1235-4 recod.). Conformément à la lettre du texte, ces sanctions ne se cumulent pas avec l'indemnité pour violation de la procédure (v. not. Soc. 20 janvier 1998, *Bull. civ.* V, n° 18).

■ 493 Le tribunal peut proposer la réintégration. Une telle réintégration est on ne peut plus rare : il ne s'agit que d'une faculté pour le juge et, de plus, il ne peut s'agir que d'une proposition que l'employeur comme le salarié peuvent refuser. Or, après un licenciement injustifié condamné en justice sur demande du salarié, il est bien rare que l'employeur et le salarié souhaitent, d'un commun accord, reprendre leurs rapports contractuels.

L'article L. 122-14-4 (L. 1235-3 recod.), en ne prévoyant qu'une *proposition* de réintégration, pose une règle de droit défavorable aux salariés. En droit commun, en principe, la sanction d'un acte juridique illicite est la nullité et le retour à la situation antérieure. En droit du travail, par exception expressément prévue par l'article L. 122-14-4 du Code du travail (L. 1235-3 recod.), la nullité et la réintégration ne peuvent pas être ordonnées par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

■ 494 En l'absence de réintégration, le tribunal doit ordonner le versement d'une indemnité calculée selon le préjudice subi et qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire. Si le salarié a tardé à retrouver un emploi ou si le traumatisme lié au licenciement a eu de graves effets, le préjudice peut être évalué à une somme bien supérieure à ces 6 mois de salaires.

■ 495 Enfin, le tribunal peut ordonner, même d'office, le remboursement aux ASSEDIC d'une partie des allocations chômages versées au salarié, condamnation qui ne peut dépasser 6 mois d'indemnités de chômage (art. L. 122-14-4 C. trav. ; L. 1235-4 recod.). Il fut un temps où l'employeur devait être condamné à verser la totalité des allocations versées. Mais, depuis la loi du 30 décembre 1986, une telle condamnation est apparue excessive : le licenciement d'un salarié de plus de 2 ans d'ancienneté sans raison est une faute, mais elle doit rester abordable.

Black plaque (383,1)

496 En définitive, qui est prêt à payer environ 1 an de salaire d'indemnités peut se débarrasser sans motif de ses salariés. Le licenciement illicite est un investissement qui s'amortit donc assez rapidement (1 an). Il apparaîtra vite très intéressant, pour un employeur, de licencier sans motif certains salariés ayant une cinquantaine d'années, de l'ancienneté et un salaire relativement élevé, pour les remplacer par des jeunes « bon marché », en contrat aidé de préférence. Le caractère illicite du licenciement et les indemnités supplémentaires dues seront alors bien vite amortis. Sauf, bien entendu, si le salarié licencié prouve un préjudice très important en justice.

Ce qui est un risque à courir... ou à éviter ! L'employeur pourra toujours conclure en cours d'instance une transaction avec le salarié, ce qui limitera la casse et privera les ASSEDIC de tout droit à remboursement des indemnités chômage versées (Soc. 14 janvier 1982, *Bull. civ.* V, n° 25).

§ 2 Exceptions aux sanctions de principe

497 Pour les salariés de moins de 2 ans d'ancienneté et pour les licenciements réalisés dans les petites entreprises, de moins de 11 salariés, la sanction d'une violation des règles du licenciement est tout à fait simple : le salarié n'a droit qu'à des indemnités calculées selon le préjudice qu'il a subi par la faute de l'employeur (art. L. 122-14-5 - C. trav. ; L. 1235-5 recod.).

Le préjudice subi du fait de la violation d'une obligation de pure procédure est en général relativement faible. Mais le montrant de l'indemnité ne dépend que de l'évaluation souveraine, par les juges du fond, du préjudice (Soc. 29 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 310). Le maximum de l'article L. 122-14-4 (L. 1235-2 recod.) ne s'applique pas et, par conséquent, rien n'oblige le juge à se limiter à une indemnité maximale d'un mois de salaire. Parce que le salarié a très peu d'ancienneté ou parce qu'il travaille dans une toute petite entreprise, il peut avoir droit à une indemnité supérieure à celle d'un salarié ayant 30 ans d'ancienneté dans une très grande entreprise... Une telle solution, absurde, est une maladresse du législateur. Dans un souci de cohérence du droit et nonobstant l'ouverture que leur permet la loi, les juges du fond sont fortement incités à évaluer le préjudice subi par les salariés du fait de la violation d'une règle de procédure à une somme inférieure à 1 mois de salaire.

En l'absence de cause réelle et sérieuse, le préjudice qui devra être réparé est le préjudice causé par la rupture. Un tel préjudice peut être important, notamment si le salarié a mis longtemps avant de retrouver un emploi.

En revanche, si le salarié licencié de manière illégale retrouve rapidement un emploi, ce préjudice peut être très faible. Alors, le licenciement illicite s'avérera très peu sanctionné.

§ 3 La nullité du licenciement

498 La nullité du licenciement a vu son champ d'application s'accroître considérablement, depuis une vingtaine d'années. Le licenciement d'un salarié protégé (représentant du personnel, délégué syndical...) est soumis à un régime d'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Si ce régime n'a pas été respecté, le licenciement est nul. Il s'agit du premier cas de nullité à avoir été admis (v. Cass. 3 juin 1948, *D.* 1948. 510). Péniblement et progressivement, ce champ d'application originel s'est

étendu au licenciement des grévistes (L. 521-1 al. 2 C. trav. ; L. 2511-1 al. 2), aux licenciements discriminatoires visés par l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) et notamment aux licenciements justifiés par l'état de santé ou le handicap du salarié, puis à l'ensemble des licenciements commis en violation d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale (v. Soc. 13 mars 2001, *Bull. civ.* V, n° 87 ; *Dr. soc*. 2001. 1117 ; Soc. 28 mai 2003, *Dr. soc*. 2003. 808, obs. P. Waquet).

■ 499 En bonne logique juridique, un licenciement nul est un licenciement privé d'effets. Le contrat de travail doit être considéré comme toujours en vigueur et l'employeur doit être condamné non seulement à payer les salaires dus pour toute la période où le salarié a été mis dans l'impossibilité de travailler, mais il peut être condamné à exécuter le contrat à l'avenir, c'est-à-dire en pratique à réintégrer dans ses fonctions le salarié illégalement licencié. Il faut en outre considérer que les obligations principales de l'employeur n'ont pas été exécutées, celui-ci s'étant longtemps abstenu de verser les salaires et de fournir un travail. Il y a là des fautes suffisamment graves pour justifier la prise d'acte, par le salarié, de la rupture de son contrat. Prise d'acte qui emporte l'obligation pour l'employeur de payer au salarié l'ensemble des indemnités dues pour licenciement sans cause réelle sérieuse (v. n° 435).

Ces solutions semblent découler directement de la nullité du licenciement. Elles ne se sont pourtant imposées que très difficilement, très progressivement. Elles ne sont pas même encore totalement intégrées en jurisprudence.

■ 500 Lorsque le licenciement est nul, le salarié peut obtenir sa réintégration, en référé comme au fond. Il a fallu plus d'un demi-siècle à partir de la reconnaissance des cas de nullité du licenciement, en 1948, pour que cette solution s'impose comme une solution générale pour tous les licenciements nuls. Les premières réintégrations furent ordonnées, pour les seuls salariés protégés, à partir des célèbres arrêts *Detœuf* du 24 juin 1968 (*Grands arrêts*, n° 148) et *Revet-Sol* du 14 juin 1972 (*Grands arrêts*, n° 149). Ce n'est qu'à partir de l'arrêt *Clavaud* du 28 avril 1988 (*Bull. civ.* V, n° 257 ; *D.* 1988. 437, note E. Wagner ; *Dr. ouvrier* 1988. 252, note A. Jeammaud et M. Le Friant ; *Dr. soc.* 1988. 429, concl. H. Ecoutin) que cette solution s'est peu à peu étendue aux autres hypothèses de licenciement nul (pour la réintégration en référé d'un gréviste dont le licenciement est nul, v. Soc. 7 juillet 1988, *Bull. civ.* V, n° 432 ; Soc. 26 septembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 387 ; *Dr. soc.* 1991. 60, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray et au fond, Soc. 10 octobre 1990, *Bull. civ.* V, n° 434 ; pour la réintégration d'un salarié irrégulièrement licencié en cours suspension de son contrat pour cause d'accident du travail, v. Soc. 12 novembre 1997, *RJS* 1997, n° 1358 ; Soc. 25 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 102 et en cours de suspension pour simple maladie, Soc. 23 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 450). Ce n'est finalement qu'avec l'arrêt du 30 avril 2003 (*Bull. civ.* V, n° 152 ; *Dr. soc.* 2003. 831, obs. B. Gauriau), qui finit par accepter le droit à réintégration d'une salariée licenciée alors qu'elle était enceinte et ce malgré le silence en la matière de l'article L. 122-30 du Code du travail (L. 1225-71 recod.), que la solution apparaît enfin pleinement généralisée à toutes les hypothèses de licenciement nul.

■ 501 L'obligation de réintégrer signifie, pour l'employeur, une obligation de rendre au salarié qui le réclame « le poste qu'il occupait avant son licenciement » et non un poste simplement similaire (Soc. 11 décembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 378, rejet d'une proposition de réintégration sur un poste équivalent situé à deux stations de métro

Black plaque (385,1)

de son lieu de travail d'origine). Ce n'est que si ce poste a été supprimé que l'employeur peut proposer un poste simplement équivalent, pourvu que celui-ci ne s'analyse pas en une modification du contrat du salarié.

502 Seule la preuve de la force majeure, c'est-à-dire de l'« impossibilité matérielle » de la réintégration peut exonérer l'employeur de l'exécution en nature de cette obligation (Soc. 2 février 2005, n° 02-45085, *Bull. civ.* V, n° 43). Et celle-ci est appréciée avec rigueur. L'impossibilité de réintégrer n'est reconnue ni en cas de fermeture du site où travaillait le salarié, ni en l'absence d'emploi équivalent (Soc. 13 décembre 1994, *Dr. soc.* 1995. 513, obs. Cohen), ni lorsque de nombreux licenciements économiques ont eu lieu dans l'entreprise (Soc. 24 juin 1998*, *Bull. civ.* V, n° 340), ni en cas de cession de l'entreprise (pour une réintégration ordonnée au sein de l'entreprise du cessionnaire, v. not. Soc. 10 juillet 1995, *Dr. soc.* 1995. 834). Ne demeure guère, dès lors, que le cas d'une disparition totale et définitive de l'entreprise (Soc. 15 juin 2005, *Wolber**, à propos d'un licenciement nul pour violation des obligations en matière de plan social ; v. cpdt. Soc. 25 juin 2003, *Dr. soc.* 2003. 124, obs. P. Waquet).

503 Le cas du licenciement économique illicite pour défaut de plan de sauvegarde de l'emploi est spécialement traité, depuis la loi du 18 janvier 2005, par l'article L. 122-14-4 du Code du travail (L. 1235-11 recod.). Cet article permet, en cas d'« impossibilité » de prononcer la réintégration, de substituer une indemnité de 12 mois de salaire à la réintégration. L'impossibilité ici exprimée est peut-être un peu plus ouverte que la jurisprudence susvisée, le texte visant comme exemple le cas d'« absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration ». Il appartiendra aux juges de mesurer l'écart entre ce texte et les solutions antérieures, si écart il y a.

504 Même lorsqu'elle est possible, le salarié a toujours la possibilité de ne pas demander sa réintégration effective. Il peut alors choisir de prendre acte de la rupture (v. par ex. Soc. 10 décembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 432). La rupture sera alors imputée aux fautes commises par l'employeur et sera située dans le temps non à la date du licenciement nul, mais à celle de la fin de la période de protection, lorsque la nullité est due à une protection spéciale contre le licenciement, ou à la date de la décision d'annulation, dans les cas de nullité pour discrimination.

Le salarié a alors droit aux versements de la totalité des salaires dû par application du contrat depuis la date du licenciement jusqu'à la date où est située la rupture, date qui peut être située, selon les cas, plusieurs années après le licenciement. Et ce droit a salaire existe que le salarié ait ou non retrouvé un emploi dans l'intervalle, qu'il ait reçu ou non, dans l'intervalle, un revenu de remplacement (Soc. 2 février 2006*). La Cour précise qu'il s'agit là de l'exécution d'une obligation contractuelle et non d'une indemnisation calculée selon le préjudice subi (v. not. de manière très nette, Soc. 25 novembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 405). Cette solution pleinement logique est confirmée par les termes dans lesquels de très nombreuses décisions ont été rendues (v. not. Soc. 5 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 127 ; Soc. 17 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 156 ; Soc. 16 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 440 ; Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 134 ; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 219 ; Soc. 10 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 260 ; Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 53 ; Soc. 22 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 175).

La Cour de cassation a un temps hésité sur cette solution en cas de licenciement économique nul pour absence de plan social. En cette matière, la Cour a en effet considéré que les salaires dus pendant toute la période couverte par la nullité

Black plaque (386,1)

devaient être réduits des revenus reçus par les salariés dans l'intervalle (Soc. 3 juillet 2003, *Bull. civ.* V, n° 214). Il semble cependant douteux que cette solution, qui confond « indemnisation selon le préjudice subi » et « exécution des obligations issues du contrat de travail » soit encore d'actualité, les conséquences normales d'une nullité du licenciement ayant été fermement réaffirmées récemment (v. Soc. 2 février 2006, *préc.*) à l'occasion de la nullité du licenciement de salariés grévistes.

En plus du paiement de ses salaires jusqu'à la date de la rupture, date qui est aussi celle de la décision de justice, le salarié qui refuse la réintégration bénéficie aussi, logiquement, d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 5 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 127 ; Soc. 17 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 156 ; Soc. 16 novembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 440 ; Soc. 28 mars 2000 *Bull. civ.* V, n° 134 ; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 219 ; Soc. 10 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 260 ; Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 53 ; Soc. 22 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 175 ; Soc. 2 juin 2004*). Cette dernière indemnité est d'un montant minimal de 6 mois de salaire, quelle que soit l'ancienneté du salarié ou la taille de l'entreprise (Soc. 21 septembre 2005, *Bull. civ*. V, n° 262, cas d'une salariée qui n'avait qu'un peu plus d'1 mois d'ancienneté), alors que pour un simple licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce minimum n'est applicable qu'aux salariés ayant au moins 2 ans d'ancienneté dans une entreprise d'au moins 11 salariés (v. n° 497).

Black plaque (387,1)

Doctrine

- G. Couturier, « Les nullités du licenciement », *Dr. soc*. 1977. 215.
- G. Couturier, « La réintégration des salariés non spécialement protégés, actualité ou prospective », *Dr. soc*. 1981. 248.
- G. Couturier, « L'impossibilité de réintégrer – sur l'article 77-V de la loi du 18 janvier 2005 », *Dr. soc*. 2005. 403.
- E. Dockès, « Harcèlement moral et perturbation pour longue absence : La cause première du licenciement s'impose », *RDT* 2007. 30-32.
- J. Pélissier, « Licenciement et autres modes de rupture du contrat de travail », *Dr. soc*. 1978. 6.
- J. Pélissier, « Licenciement et perte de confiance », *D.* 1991. 190.
- M. Grevy, « « Vidéosurveillance dans l'entreprise, un mode normal de contrôle des salariés ? », *Dr. soc*. 1995. 329.
- P. Waquet, « Les objectifs », *Dr. soc*. 2001. 120.

Documents

Sanctions de la procédure de licenciement

Soc. 16 mars 1978, *Debeaurain*, *Bull. civ.* V, n° 199 ; *Grands arrêts*, n° 94

« … le licenciement d'un salarié entaché d'une irrégularité formelle n'est pas nul, mais sanctionné par l'attribution d'une indemnité d'un mois de salaire au plus ; qu'en allouant cette indemnité à Debeaurain, les juges d'appel ont pu estimer qu'il n'y avait aucun intérêt en l'espèce à recommencer une procédure de licenciement déjà tentée à deux reprises et devenue inutile en raison de l'écoulement de plus d'une année depuis son prononcé ».

Soc. 26 mars 1980, *ASSEDIC* c. *Roques*, *Bull. civ.* V, n° 298 ; *D.* 1980. IR. 547, obs. J. Pélissier ; *Grands arrêts*, n° 95 ; Soc. 6 novembre 1980, *Bull. civ.* V, n° 806

« Selon l'article L. 122-14-4 du Code du travail, le tribunal doit ordonner le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés des indemnités de chômage, dans le cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, cas dans lequel la réintégration du salarié dans l'entreprise peut être proposée et en cas de refus une indemnité, dont seul le minimum est fixé, est octroyée ; qu'il n'en est pas de même si seule la procédure requise n'a pas été observée et si le licenciement a été prononcé pour un motif réel et sérieux, ce qui n'entraîne à la charge de l'employeur qu'une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire et ce qui ne provoque aucun versement supplémentaire d'indemnités de chômage ».

Ass. plén. 27 novembre 1998, *Bull. Ass. plén.*, n° 7 ; *Grands arrêts*, n° 96

« … l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de notification de licenciement mentionnée à l'article L. 122-14-1 (…) à défaut le licenciement est sans cause réelle et sérieuse ».

Black plaque (388,1)

Notion de cause réelle et sérieuse

Soc. 29 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 597 ; *Grands arrêts*, n° 97 ; *D.* 1991. 190, note J. Pélissier

« … un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ».

Soc. 29 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 183

« … la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent constituer une cause de licenciement ».

Soc. 2 mars 2005, *RJS* 2005, n° 490

« … aucune clause du contrat de travail ne peut valablement prévoir qu'une circonstance quelconque constituera un motif de rupture, et (…) l'insuffisance de résultats ne peut en soi constituer une cause de licenciement ; (…) il appartient au juge d'apprécier, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, si les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement peuvent caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

Soc. 21 septembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 285 ; *RTD civ.* 2007. 114-115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDT* 2006. 315-316, obs. E. Dockès

« … le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs imputables à ce salarié…

le seul risque d'un conflit d'intérêts ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. »

Faute grave

Soc. 22 octobre 1991, n° 90-40077

« Mais attendu qua la cour d'appel a relevé que l'employeur, qui avait eu connaissance de l'ensemble des griefs retenus au fur et à mesure de leur réalisation, avait conservé le salarié dans l'entreprise pendant un temps excédant les délais nécessaires à son information, que cette tolérance l'empêchait d'invoquer la faute grave ».

Soc. 2 février 2005, n° 02-45748, *Bull. civ.* V, n° 42

« … la faute grave est celle qui, par son importance, rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée même limitée du préavis ».

Faute lourde

Soc. 31 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 260 ; *Dr. soc.* 1991. 105, obs. G. Couturier

« … un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur des risques de l'exploitation et que sa responsabilité ne peut se trouver engagée qu'en cas de faute lourde, qu'en relevant que

Black plaque (389,1)

l'employeur ne prouvait pas que le déficit reproché au salarié avait été intentionnel et sciemment organisé, la cour d'appel a décidé à bon droit que la faute lourde n'était pas caractérisée et a légalement justifié sa décision ».

Transactions

– Concessions réciproques

Soc. 27 mars 1996, Interlac, *Bull. civ.* V, n° 124 ; *Grands arrêts*, n° 113

« … l'existence de concessions réciproques, qui conditionne la validité d'une transaction, doit s'apprécier en fonction des prétentions des parties au moment de la signature de l'acte ; que s'il en résulte que le juge ne peut, pour se prononcer sur la validité d'une transaction, rechercher, en se livrant à l'examen des preuves, si ces prétentions étaient justifiées, il peut néanmoins se fonder sur les faits invoqués lors de la signature de l'acte, indépendamment de la qualification juridique qui leur a été donnée ;

Qu'ayant constaté que, pour justifier la qualification de faute grave qu'elle donnait aux faits invoqués à l'appui du licenciement, la société ne faisait état, dans la lettre de licenciement, que d'un manque de compétence du salarié dans l'exercice de ses fonctions de directeur technique, fait qui ne pouvait être constitutif d'une faute grave privative de l'indemnité de préavis, la cour d'appel a justifié sa décision (d'annuler une transaction qui n'aurait contenu de concession de l'employeur qu'en présence d'une faute grave) ».

Soc. 19 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 74

« … la cour d'appel a relevé que Mme Amoyal n'avait pas été licenciée pour faute grave et qu'elle avait donc droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement, qu'ayant constaté que celle-ci s'élevait à la somme de 12 496,66 francs, alors que la somme allouée en vertu de la transaction s'élevait à 15 000 francs, la cour d'appel a pu décider que la transaction était nulle, faute d'une concession appréciable ».

– Date de la transaction

Soc. 29 mai 1996, *Purier*, *Bull. civ.* V, n° 215 ; *Grands arrêts*, n° 114 ; *Dr. soc.* 1996. 689, note J. Savatier ; *D.* 1997. 49, note J.-P. Chazal

« Vu les articles L. 122-14 et L. 122-14-7 du Code du travail

(…) la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive ».

Soc. 18 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 61

« … une transaction, ayant pour objet de mettre fin, par des concessions réciproques, à toute contestation née ou à naître résultant de la rupture du contrat de travail, ne peut être valablement conclue qu'après notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ».

Black plaque (390,1)

Soc. 28 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 182

« … la nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié et qui ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur ».

Le licenciement nul

Soc. 2 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 53, pourvoi n° 03-47481

« … la cour d'appel a exactement décidé que les salariés, dont les contrats de travail n'avaient pas été rompus et dont les licenciements étaient nuls, avaient droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'ils auraient dû percevoir entre leur éviction de l'entreprise et leur réintégration, peu important qu'ils aient ou non reçu des salaires ou un revenu de remplacement pendant cette période. »

Soc. 2 juin 2004, *Bull. civ.* V, n° 153 ; *Dr. ouvrier* 2005. 33, note S. Ducroq (à propos d'un salarié accidenté du travail trois mois après son embauche, licencié en cours de période de suspension)

« … le salarié dont le licenciement est nul, et qui ne demande pas sa réintégration, a droit, en toute hypothèse, outre les indemnités de rupture, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à six mois de salaires, …

… lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, peu important les motifs de la rupture ».

Soc. 24 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 340

« Attendu que le licenciement d'un salarié investi d'un mandat représentatif prononcé en violation du statut protecteur est atteint de nullité et ouvre droit, pour ce salarié, à sa réintégration, s'il l'a demandée ; que ce n'est qu'au cas où l'entreprise a disparu, ou celui où il existe une impossibilité absolue de réintégration, que l'employeur est libéré de son obligation… ».

En l'espèce, la Cour casse un arrêt d'appel qui avait considéré la réintégration impossible du fait de la suppression du poste du salarié depuis près de 10 ans et du licenciement économique récent de plus de 100 salariés de l'entreprise.

Soc. 15 juin 2005, *Wolber*, n° 03-48094

« … la cour d'appel a constaté que la société Wolber avait cessé définitivement son activité et que ses actifs industriels avaient été vendus ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'entreprise avait disparu, elle a pu en déduire que la réintégration, demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise avant leurs licenciements, était devenue matériellement impossible ».

La mention de ce que la réintégration avait été « demandée dans les seuls emplois que les salariés occupaient dans cette entreprise » laisse à penser que, si les salariés avaient demandé leur réintégration au sein du groupe auquel la société appartenait, le groupe Michelin, ils auraient pu avoir gain de cause.

Black plaque (391,1)

chapitre

19

Le licenciement économique

Plan analytique

section 1

Domaine

§ 1 Notion de licenciement « économique »

§ 2 Le « grand » licenciement économique

A. Le grand projet

B. Le grand effet

section 2

Questions communes à l'ensemble des licenciements économiques

§ 1 La gestion prévisionnelle des emplois

§ 2 Le droit au reclassement

§ 3 L'ordre des licenciements

§ 4 Les conventions proposées à l'occasion de la rupture

section 3

Questions communes à l'ensemble des licenciements collectifs

§ 1 L'absence de représentation du personnel

§ 2 L'agencement des Livres III et IV (P1 et P2 recod.)

section 4

Questions spécifiques aux grands licenciements collectifs

§ 1 Le plan de sauvegarde de l'emploi

A. Contenu

B. Sanctions

§ 2 Les accords de méthode

section 5

La cause économique réelle et sérieuse

§ 1 Le réel par opposition au sérieux

§ 2 Le sérieux de la cause économique

A. Nécessité de la mesure qui cause les licenciements

B. La proportionnalité des licenciements au but recherché

19

Le licenciement économique

Le licenciement pour motif économique est un sujet socialement, politiquement et donc juridiquement très disputé. Un licenciement économique peut concerner, en une seule fois, des centaines de personnes, frapper des bassins d'emplois entiers. Il précipite dans le chômage des salariés auxquels rien n'est reproché, ni faute, ni insuffisance professionnelle. 505

Il est l'objet d'une réglementation spéciale. Celle-ci demeure une importante protection, bien qu'elle soit actuellement bousculée, affaiblie par les récentes réformes législatives. L'analyse du domaine de cette réglementation (section 1) précédera l'étude de sa teneur (section 2 à 5).

section 1

Domaine

La notion de « licenciement économique » est, bien entendu, la clef d'entrée dans le domaine des règles protectrices du licenciement économique (§ 1). Mais certaines protections exigent en outre que l'opération soit un licenciement collectif, ce qui signifie qu'au moins deux licenciements soient projetés pour une même cause économique. Et, pour bénéficier des principales protections procédurales, encore faut-il être inclus dans un « grand » licenciement économique (§ 2). 506

§ 1 Notion de licenciement « économique »

L'article L. 321-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 1233-3 recod.) définit le licenciement économique. Quoiqu'inchangé depuis 1989 (on peut négliger la retouche de 2005, purement cosmétique et qui ne change rien au fond et l'éclatement prévu de ce texte au sein de la recodification semble ne pas porter à conséquences), ce texte reste au cœur de nombreuses polémiques. Il a été légèrement sacralisé, depuis que la loi du 17 janvier 2002 a tenté de le réécrire et que cette réécriture a été censurée par le Conseil constitutionnel. Il s'agit pourtant d'un texte particulièrement mal rédigé. 507

La lettre du texte mélange allègrement la qualification du licenciement et la justification du licenciement, lesquelles sont deux questions bien distinctes. C'est une chose que de se demander si l'on est en présence d'un licenciement « économique ». C'est bien autre chose que de se demander si tel ou tel licenciement économique est doté ou non d'une cause réelle et sérieuse (v. en ce sens Soc. 14 février 2007, n° 05-40504, *Bull. civ.* V, n° 25). Il en va du licenciement économique comme du licenciement pour motif personnel : il est parfois doté d'une cause réelle et sérieuse ; il en est

parfois dépourvu. De la réponse à la première question dépend l'application des règles de procédure et d'indemnisation qui sont propres aux licenciements économiques. De la réponse à la seconde question dépend l'application des sanctions relatives au licenciement sans cause réelle et sérieuse (sur cette seconde question, v. n°s 566 à 575).

508 C'est la première partie de l'article L. 321-1 alinéa 1er (L. 1233-3 recod.) qui définit la cause « économique ». En droit, il n'est que deux qualifications possibles : un licenciement peut être « pour motif personnel » ou pour « motif économique ». Et ces deux qualifications sont alternatives : un licenciement est soit l'un, soit l'autre, il ne peut être ni entre les deux, ni ailleurs (v. n° 512). Dès lors, le licenciement économique ne peut qu'être défini par opposition au licenciement personnel. C'est ce que fait d'entrée l'article L. 321-1 alinéa 1er (L. 1233-3 recod.) lorsqu'il précise : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs *non inhérents à la personne du salarié* ». Réciproquement, le licenciement pour motif personnel est celui dont le motif est inhérent à la personne du salarié, comme son insuffisance professionnelle ou sa faute.

509 La suite du texte ne fait qu'expliciter cette définition. Il répond à la question : « Pour quelles raisons, non inhérentes à la personne du salarié, un employeur peut-il vouloir rompre un contrat de travail ? ». La réponse s'impose d'elle-même. Le licenciement économique est un licenciement pour un motif « résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ». Effectivement, si l'employeur juge que le salarié convient parfaitement et que son travail comme ses conditions d'emploi doivent être maintenus, si en un mot l'employeur pense que rien ne doit changer, on ne voit pas très bien pourquoi il déciderait de rompre le contrat de travail. En l'absence de motif inhérent au salarié, le motif de la rupture ne peut qu'être dans la volonté de l'employeur de supprimer, de transformer l'emploi du salarié ou à tout le moins de modifier un élément de son contrat de travail.

510 Le fait que le texte vise le « refus » d'une modification du contrat s'explique facilement. Si le salarié accepte ce que demande l'employeur, on ne voit pas très bien en quoi la modification pourrait motiver le licenciement. Seuls les refus peuvent conduire au licenciement.

Si le refus porte sur un élément qui appartient au pouvoir de direction de l'employeur, il est fautif. Et cette faute du salarié sera un motif personnel de licenciement (dont le caractère réel et sérieux restera à apprécier).

S'il s'agit d'un élément contractuel, le refus est un droit. L'exercice d'un droit ne peut aucunement être un motif de licenciement. Seul le motif de la proposition refusée peut causer le licenciement. Si cette proposition est inhérente à la personne du salarié (il s'agit, par exemple d'une rétrogradation disciplinaire édictée à la suite d'une faute du salarié, ou d'un reclassement demandé du fait de l'insuffisance professionnelle du salarié sur un poste), le licenciement consécutif au refus aura un motif personnel. Si le motif de la proposition est non inhérent à la personne du salarié (par exemple, l'employeur veut faire des économies en diminuant les salaires), le licenciement consécutif au refus aura un motif économique, dont le caractère réel et sérieux restera à apprécier.

Black plaque (395,1)

En définitive, le licenciement économique est suffisamment défini comme suit : il est un *licenciement pour un motif non inhérent à la personne du salarié*. La suite de l'article L. 321-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 1233-3 recod.) n'est qu'explicitation et redondance.

511 Le texte aurait en revanche pu être plus précis. De nombreux licenciements sont à la fois justifiés par des motifs personnels et par des motifs économiques. Il s'agit même de la quasi-totalité des licenciements. La faute, même grave, d'un salarié sera bien vite oubliée si la qualité du travail et l'intérêt économique du salarié sont très importants : le licenciement pour faute grave est aussi fondé par l'idée qu'*économiquement* le remplacement du salarié sera un gain.

Réciproquement, lorsqu'un changement technologique conduit l'employeur à supprimer 10 de ses 100 postes de travail, il s'agit bien sûr d'une cause économique. Mais encore faudra-t-il choisir quels seront les salariés effectivement licenciés (v. nos 541 à 545). Le choix, quel que soit le critère retenu (ancienneté, efficacité professionnelle, charges de famille, etc.) se fera nécessairement en fonction d'éléments propres à tel ou tel salarié, motifs inhérents à leur personne. Si l'on se penche sur les causes du licenciement, on s'apercevra alors que tel salarié a été licencié pour un motif économique – la suppression de poste – mais aussi pour un motif personnel (ses faibles charges de familles, par exemple).

512 La pluralité de causes reçoit une solution logique : la cause qui permet de qualifier le licenciement est la cause première, déterminante, celle qui est à l'*origine* de la décision de l'employeur de rompre *un* contrat de travail (v. no 456). Est un licenciement économique celui dont on peut dire : « si la question de la rupture d'un contrat de travail s'est posée, c'est *d'abord* pour un motif non inhérent à la personne ». Lorsque *d'abord* il est décidé de supprimer un poste, de restructurer l'entreprise, de modifier les processus de production et que ce n'est qu'ensuite que l'on s'aperçoit que tel ou tel est mal adapté à la modification projetée, ou que de tous les salariés c'est encore de lui que l'on préfère se séparer en premier, le licenciement n'en conserve par moins la qualification de licenciement pour motif économique.

513 Cette solution a été reconnue et même renforcée par la jurisprudence. Celle-ci affirme que lorsqu'une cause économique et une cause personnelle sont présentes, seule la « cause première et déterminante » peut être invoquée et ce, non seulement au stade de la qualification, mais aussi au stade de la justification (Soc. 10 octobre 1990, *Méchin*, *Bull. civ.* V, no 442 ; *Grands arrêts*, no 102 ; Soc. 3 avril 2002*). La solution est certaine lorsque les causes sont liées entre elles : si l'incompétence est l'effet du changement de machine, la cause première est le changement de machine et il s'agit d'un licenciement pour motif économique. Lorsque les fautes répétées du salarié conduisent l'employeur à penser que son remplacement serait un gain économique, la cause première, qui dicte la qualification du licenciement, est personnelle.

514 La question est plus difficile lorsque l'employeur invoque deux motifs *a priori* indépendants l'un de l'autre, une faute disciplinaire et une restructuration par exemple. L'aspect premier, déterminant de l'un des deux est alors trop psychologique pour être facilement découvert. Il est simplement clair que si des deux motifs invoqués l'un est personnel et l'autre économique, les juges doivent n'en conserver qu'un et négliger l'autre (Soc. 3 avril 2002*, *préc.*).

La Cour dit qu'il faut conserver celui qui est premier et déterminant. Si l'on arrive à savoir que l'un des motifs n'est qu'un prétexte, tant mieux. Mais, le plus souvent, un certain doute s'installe. La tendance semble être alors, derrière la recherche officielle du motif déterminant, de faire prédominer la qualification la plus avantageuse pour le salarié, celle que l'employeur a le plus intérêt à masquer ou à minimiser, celle qui dès lors ressemble le moins à un simple prétexte.

■ 515 Il existe ainsi, peut-être, derrière le visa de la cause première et déterminante, une sorte d'application dans le doute, de la cause la plus protectrice. Ceci explique les solutions suivantes, qui, sinon, apparaîtraient dissonantes.

En présence d'un motif personnel et d'un motif économique, le motif économique est généralement prédominant. Mais, lorsqu'un motif personnel est mieux protégé qu'un motif économique, comme c'est le cas de l'inaptitude physique, c'est ce dernier motif qui l'emporte (Soc. 14 mars 2000, *RJS* 2000, n° 526). Réciproquement, lorsque deux motifs personnels également protégés sont invoqués, ils peuvent être invoqués simultanément. Alors le juge peut se fonder sur l'un et rejeter l'autre, sans avoir à rechercher lequel a été « premier et déterminant » (Soc. 23 septembre 2003*), à moins, bien entendu, que l'une des causes invoquée ne soit qu'un prétexte, qu'elle s'avère inexacte (v. n°s 460 à 462).

Finalement, lorsqu'au doute sur le motif premier et déterminant s'ajoute un doute sur le motif le mieux protégé, les juges semblent décider de conserver les deux motifs. Dans les autres cas, il est possible de trancher et un seul motif doit être conservé.

§ 2 Le « grand » licenciement économique

■ 516 Le « grand » licenciement collectif pour motif économique est le licenciement pour lequel il existe la procédure la plus complète et la mieux sanctionnée. C'est dans ce cadre que s'appliquent les principales protections existantes et notamment le « plan de sauvegarde de l'emploi », anciennement qualifié de « plan social ». La définition du grand licenciement économique est par conséquent une question cruciale. Elle est agitée et débattue en proportion de son importance.

Il est deux types de « grandes » opérations. Ce peut être un « grand projet » : on compte alors le nombre de licenciements *envisagés*. Ce peut être aussi un « grand effet » : on compte alors le nombre de licenciements *réalisés*.

A. Le grand projet

■ 517 Ce qui fut « plan social », et est devenu « plan de sauvegarde de l'emploi » depuis la loi du 17 janvier 2002, a un champ d'application exprimé dans les mêmes termes depuis l'origine, c'est-à-dire depuis la loi du 2 août 1989.

L'article L. 321-4-1 du Code du travail explicite ce champ d'application : le plan de sauvegarde de l'emploi s'applique : « Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, *lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours* » (dans le même sens, v. L. 1233-61). La seconde partie de ce texte a déclenché une bataille d'interprétations particulièrement intense. Bataille qui s'est déroulée en doctrine, au sein de la chambre sociale de la Cour de cassation et jusque devant le Parlement. La question a pris un tour politique assez marqué et a

Black plaque (397,1)

provoqué deux interventions législatives : une majorité de gauche a d'abord contre-carré une interprétation jurisprudentielle jugée trop restrictive (loi du 31 juillet 1992). Puis une majorité de droite est intervenue pour contrecarrer une interprétation jurisprudentielle jugée cette fois trop extensive (loi du 18 janvier 2005).

Il s'agit donc d'un sujet qui ne laisse pas indifférent. Il faut dire que la logique même de la procédure de licenciement économique est ici en cause. Mieux, à bien des égards, les débats qui ont agité la question apparaissent emblématiques des tensions qui traversent le droit du travail.

518 Un premier élément d'interprétation est difficilement contestable. Le texte vise un « nombre de licenciements ». Il ne peut certainement pas s'agir d'un nombre de licenciements déjà accomplis, déjà notifiés. Le plan de sauvegarde de l'emploi est ordonné, aux termes même de l'article L. 321-4-1 (L. 1233-61 recod.), « pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ». Il apparaît difficile d'éviter les licenciements qui ont déjà été prononcés. Il ne s'agit donc pas de décompter un nombre de licenciements déjà juridiquement décidés, mais de mesurer l'ampleur d'un projet, de décompter un nombre de licenciements *envisagés*.

Le problème d'interprétation se situe là : à partir de quand un licenciement est-il suffisamment « envisagé » pour qu'il doive être compté ? Le point de bascule se situe quelque part entre la vague idée passagère et la décision ferme et définitive. Mais où ?

519 Le débat s'est focalisé sur la question des modifications de contrats de travail proposées par l'employeur, laquelle se comprend mieux au travers d'un exemple. Soit un employeur qui envisage de déplacer une usine de 100 km, sans que ses besoins en emplois soient diminués. Il envisage de proposer aux salariés un déplacement important de leur lieu de travail. Ce déplacement, on le suppose, s'analyse en une modification du contrat de travail (ce qui apparaît plus que probable si le déplacement a une telle ampleur, v. n° 97). Les salariés sont donc en droit de le refuser. Si la décision de déplacer se concrétise, il faudra envisager de licencier les salariés récalcitrants. Ce type d'opération voit se succéder les quatre étapes suivantes. Il y a d'abord un projet de restructuration, puis une décision de restructurer, puis une « proposition » de modification des contrats de travail, puis la rupture du contrat des salariés qui ont refusé les modifications de leurs contrats de travail.

À quel moment la procédure de grand licenciement économique doit être déclenchée ?

520 La première réponse, jurisprudentielle, a été de dire : « jamais ». L'argument invoqué était le suivant. Les licenciements sont décidés à la suite du refus de la modification par les salariés. Chaque refus est une cause différente, individuelle. Il n'y a donc qu'une série de licenciements individuels ayant chacun leur motif (Soc. 9 octobre 1991, *Petit Bateau*, *Bull. civ.* V, n° 399).

Ce raisonnement était plus que critiquable. Qualifier de « licenciements individuels » des licenciements qui pouvaient toucher d'un coup des centaines de salariés avait quelque chose de ridicule. De plus, il y avait là une grave erreur de droit : le refus d'une modification du contrat est un droit du salarié. L'exercice d'un droit ne peut jamais être une cause recevable de licenciement. La seule cause invocable par l'employeur est bien *la cause de la proposition*, identique pour tous, et non le refus de cette proposition.

Black plaque (398,1)

521 Le législateur est intervenu pour couler l'absurde jurisprudence *Petit Bateau* par la loi du 31 juillet 1992. L'article L. 321-1-3 du Code du travail (L. 1233-25), tel que rédigé par cette loi, a résolu la question. Désormais, le licenciement des salariés qui ont refusé la modification de leur contrat est bien un licenciement collectif et non une série de petits licenciements individuels (en ce sens, appliquant la loi nouvelle, v. Soc. 22 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 102).

Depuis lors, il est clair que la procédure de grand licenciement économique s'applique lors de *certaines* opérations de modification des contrats individuels de travail. Le « jamais » de la jurisprudence *Petit Bateau* est devenu un « parfois ». Mais il restait à préciser ce « parfois ».

522 C'est ce qu'a assez rapidement fait la Cour de cassation par deux arrêts, *Framatome* et *Majorette*, du 3 décembre 1996*. Par ces arrêts, la Cour de cassation affirme que le décompte du nombre de licenciements envisagés doit être placé au début de l'opération. Dans l'exemple sus-décrit d'un déplacement d'usine, dès que le projet de déplacement d'usine est suffisamment précis, avant même que la décision de déplacement ne soit définitive (donc avant l'achat des nouveaux terrains, la construction des nouveaux locaux, l'installation des nouvelles machines...), la procédure doit être enclenchée.

Il y a là quelque chose de logique. Décider le déplacement, c'est déjà décider de licencier les salariés qui le refuseront. Le licenciement de chacun des salariés déplacés est donc envisagé en même temps que le déplacement de l'usine est projeté. Ceci est la conséquence de cela. Si les salariés concernés par la modification sont plus de dix (ils étaient quatorze dans l'espèce *Majorette*), la procédure de grand licenciement collectif devra être engagée.

523 Cette solution affirmée par la jurisprudence *Framatome-Majorette* a été vivement critiquée par certains auteurs et fermement soutenue par d'autres. Les auteurs critiques réclamaient un autre mode de calcul et une autre date de départ de la procédure obligatoire. Selon eux, il ne faudrait décompter que les salariés qui ont effectivement refusé la modification et ce n'est qu'à compter de ces refus, s'ils dépassent les dix, qu'une procédure de grand licenciement économique devrait être déclenchée.

Cette seconde solution présente un grand intérêt pour les employeurs. Le déclenchement de la procédure est alors beaucoup plus tardif et, surtout, beaucoup plus rare : les salariés préfèrent le plus souvent accepter une modification de leur contrat plutôt que de perdre leur emploi. Entre l'exigence de dix propositions de modification et l'exigence de dix refus pour déclencher la procédure, il y a tout un monde.

524 La solution proposée par les opposants à la jurisprudence *Framatome-Majorette* présente cependant une faiblesse et de taille. L'adopter c'est abandonner la logique même de la procédure du grand licenciement économique. Cette procédure a pour but de sauvegarder l'emploi, d'aider à trouver des alternatives, de rechercher tous les moyens de limiter le nombre de licenciements. Si l'on attend les refus pour déclencher la procédure, on attend le presque irrémédiable. Les refus interviennent une fois l'opération réalisée. La nouvelle usine a été construite, les machines ont été déplacées, les propositions définitives ont été envoyées aux salariés. Tout est dit. Il n'est plus question de débattre du maintien de l'usine au même lieu, il n'est plus question de débattre du maintien de l'emploi tel qu'il existait précédemment. Il est même en

général trop tard pour négocier les conditions du futur déplacement et essayer d'éviter les refus, à l'aide par exemple de primes de déménagement, de délais octroyés ou de nouvelles organisations du temps de travail. Les jeux sont faits. Il n'est plus guère d'alternative crédible à la rupture du contrat de travail des salariés récalcitrants. Il n'y a plus véritablement de consultation, mais plutôt une information sur les décisions prises.

La finalité de la procédure, chercher des alternatives aux licenciements, commande un début de procédure aussi rapide que possible. En contestant cette idée, les opposants à la procédure *Framatome-Majorette* attaquent cette finalité. Fondamentalement, ils expriment leur refus d'une procédure ayant pour objectif de limiter le nombre de licenciements, soit qu'ils considèrent un tel objectif comme illusoire, soit qu'ils le considèrent comme nuisible à la flexibilité du marché du travail.

525 ■ À la mesure de l'enjeu, la lutte pour l'interprétation a pris ici une intensité rare. Les débats étaient rudes, y compris au sein de la chambre sociale. On en prendra pour preuve l'histoire mouvementée de l'arrêt *Aventis Pharma* du 21 janvier 2004 (*Bull. civ.* V, n° 26), lequel a finalement préservé la jurisprudence *Framatome-Majorette*, malgré les réticences du président de la chambre sociale, non sans difficultés, ni polémiques (v. Biblio). La confirmation de la jurisprudence *Framatome-Majorette* fut en définitive très ferme (v. dernièrement, Soc. 22 février 2005, *Dr. soc*. 2005. 559).

526 ■ Finalement, le législateur soucieux de réduire les protections existantes en matière de licenciement économique a adopté, par la loi du 18 janvier 2005, un texte présenté comme une remise en cause de cette jurisprudence. Il s'agit de l'article L. 321-1-3* nouveau (L. 1233-25 recod.), aux termes duquel : « Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur (...) et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ».

Le texte est maladroit. Il ne condamne la jurisprudence *Framatome-Majorette* qu'*a contrario*. Il ordonne la procédure en présence de dix refus. Mais il n'exclut pas *expressément* que la procédure puisse être imposée avant l'envoi d'au moins dix propositions. Cette faille pourrait s'agrandir, dès lors que l'on s'aperçoit que l'anticipation de la procédure est au cœur de la philosophie des directives européennes 98/59/CE du 20 juillet 1998 et 2002/14/CE du 2 mars 2002.

L'intention du législateur est cependant très claire, même si son expression ne l'était pas. Et elle devrait par voie de conséquence s'imposer. Les directives de 1998 et 2002 ne peuvent guère être présentées comme véritablement contraire à cette solution : le texte nouveau écarte le plan de sauvegarde de l'emploi et les consultations spécifiques aux grands licenciements collectifs mais il maintient l'obligation de consulter le comité d'entreprise avant même que ne soient envoyées les propositions de modifications des contrats, notamment sur le fondement de l'article L. 432-1 du Code du travail (L. 2323-6 recod.) (consultations dites « du Livre IV », qui pourront être qualifiées consultations de la 2e partie avec la recodification), ce qui devrait suffire à contenter le droit européen.

Black plaque (400,1)

527 Il apparaît dès lors qu'aujourd'hui, il faudra attendre que dix refus soient enregistrés dans une période de trente jours pour qu'une procédure de grands licenciements collectifs soit impérative.

Le caractère tardif de la procédure, désormais autorisé, peut cependant se retourner contre les employeurs. Il sera bien difficile de constituer aussi tardivement un plan de sauvegarde de l'emploi digne de ce nom, ce qui accroît les risques d'annulation du licenciement des salariés récalcitrants (v. n°s 560 à 562).

B. Le grand effet

528 Il ne faut pas prendre les dirigeants d'entreprise pour des imbéciles à courte vue. Une opération de licenciement économique étalée sur trois mois, sur un an, voire sur plusieurs années est en généralement *envisagée* dans son ensemble dès le départ. Certaines opérations importantes sont étalées sur des durées bien supérieures aux trente jours de l'article L. 321-4-1 du Code du travail (L. 1233-61), et peut-être, parfois, pour éviter d'avoir à mettre en place un tel plan. Le projet touche peut-être 50, 100 salariés, mais il est pensé comme devant s'étaler dans le temps, sans jamais passer la barre des dix licenciements sur trente jours.

C'est alors qu'intervient le second mode de calcul, le calcul du « grand effet ».

Il a été décidé d'ajouter à la notion originelle de « grand licenciement collectif », deux hypothèses, dans lesquelles une grande opération s'étale dans le temps. Pour ce faire, il a été décidé de compter les licenciements *réalisés* et, si ceux-ci dépassent un certain nombre dans une certaine période de temps, tout *projet* de licenciement *qui suivra*, dans les trois mois, devra passer par la procédure complète des grands licenciements collectifs.

529 Plus précisément deux calculs doivent être opérés, le premier a été introduit par la loi du 2 août 1989, le second l'a été par la loi du 17 janvier 2002.

Si, pendant trois mois, plus de dix licenciements ont été *réalisés*, tout licenciement *envisagé* au cours des trois mois suivants doit suivre la procédure du grand licenciement économique (art. L. 321-2 al. 11 C. trav. ; L. 1233-26 recod.).

Si, au cours d'une *année civile* (du 1er janvier au 31 décembre), dix-huit licenciements ont été *réalisés*, tout licenciement *envisagé* au cours des trois mois suivants (entre le 1er janvier et le 31 mars de l'année suivante) doit suivre la procédure du grand licenciement économique (art. L. 321-2 al. 12 C. trav. ; L. 1233-27 recod.).

530 Ce second mode de calcul ne s'applique qu'aux entreprises employant au moins cinquante salariés.

531 Il peut créer une certaine amertume de la part des premiers salariés licenciés, dont le décompte va permettre aux salariés suivants de bénéficier de la procédure complète. Ces premiers licenciés étaient bien dans la même opération de réduction d'effectifs que les autres, mais, parce qu'ils étaient les premiers, ils n'ont pas eu droit aux mêmes garanties que les autres...

Sans passer par la procédure du grand licenciement collectif, un employeur pourra tout de même licencier trois salariés par mois, tous les ans, pendant neuf mois (il faut respecter la « trêve hivernale », du 1er janvier 31 mars). Ce qui nous fait l'honorable résultat de vingt-sept licenciements par an, sans plan de sauvegarde de l'emploi.

Black plaque (401,1)

532 Le texte affirme que le calcul n'a lieu que lorsque l'entreprise au cours de la période considérée n'a jamais *envisagé* de procéder au moins à dix licenciements dans une même période de trente jours. Cela semble signifier que les modes de calcul sont alternatifs et non cumulatifs. En clair, les licenciements réalisés à la suite d'une procédure de grand licenciement ne comptent pas pour savoir si une nouvelle procédure de grand licenciement doit être enclenchée. Cette fois c'est le salarié licencié tout seul pour motif économique, juste après une « charrette » de licenciés avec plan de sauvegarde de l'emploi, qui risque de ressentir une certaine amertume lorsqu'il s'apercevra que lui ne bénéficie pas des mêmes protections que ceux qui l'ont précédé.

section 2

Questions communes à l'ensemble des licenciements économiques

533 Les règles du droit commun du licenciement bénéficient naturellement à l'ensemble des licenciements économiques. L'entretien préalable, les effets de la rupture, la lettre de licenciement, le préavis sont notamment applicables, en principe, au licenciement économique (v. chapitre 18). Seules quelques menues exceptions sont prévues ici ou là. Celles-ci sont parfois défavorables aux salariés. Ainsi, l'entretien préalable n'est pas exigé dans le cadre des grands licenciements collectifs, s'il existe une représentation du personnel (art. L. 122-14 al. 3 ; L. 1233-38 recod.). Elles sont très généralement favorables aux salariés. Ainsi, les indemnités de licenciement sont multipliées par deux en cas de licenciement économique (art. R. 122-2 C. trav.).

Au-delà de ces exceptions ponctuelles, il existe quelques grandes règles, qui bénéficient à tous les licenciements pour motif économique. Ces règles peuvent être présentées dans un ordre chronologique.

534 Avant la procédure de licenciement proprement dite, parfois même des années avant que cette procédure ne soit engagée, la possible réduction des effectifs doit être discutée, débattue, avec les représentants du personnel dans le cadre de la « gestion prévisionnelle des emplois » (§ 1). Les salariés menacés d'un licenciement économiques bénéficient tous d'un droit au reclassement (§ 2). Si ce reclassement s'avère impossible, la désignation du salarié dont le contrat de travail sera rompu à la suite d'un motif économique ne peut être laissée à l'arbitraire de l'employeur. Même, si un seul salarié doit être licencié pour motif économique, encore faut-il savoir lequel. Cette question, désignée comme celle de l'ordre des licenciements, est traitée par des textes spéciaux (§ 3). Avant que leur contrat ne soit effectivement rompu, les salariés doivent encore se voir proposer une convention organisant une aide personnalisée censée les aider à retrouver un emploi (§ 4).

535 Une fois le contrat rompu, les salariés licenciés pour un motif économique bénéficient d'une priorité de réembauchage. Ils devront être repris par l'employeur qui les a licenciés, si des postes réapparaissent dans son entreprise pendant un an à compter de la date de la rupture de leur contrat de travail (art. L. 321-14 C. trav. ;

Black plaque (402,1)

L. 1233-45 recod.). La violation de cette priorité entraîne une condamnation à des dommages-intérêt calculés selon le préjudice subi, lequel peut être important si le salarié ne retrouve pas d'emploi. Pour les salariés qui avaient au moins deux ans d'ancienneté, si l'entreprise compte au moins onze salariés, cette indemnité est au minimum égale à deux mois de salaire (art. L. 122-14-4 al. 3 C. trav. ; L. 1235-13 recod.).

Le champ d'application de la priorité de réembauchage pourrait être remis en question par la recodification. Ce champ d'application est sous l'empire du Code actuel très général, puisque sont visés tous les licenciements économiques (L. 321-14 C. trav.). Le texte est inchangé dans la recodification (L. 1233-45 recod.), mais il est placé dans une section intitulée « Licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours » et non pas au sein de la section relatives aux règles communes aux différents types de licenciement. Pareil changement, substantiel, sort de la mission attribuée par le législateur au recodificateur. Les juges pourront en déduire, peut-être, qu'il ne s'agit que d'une maladresse, grave sans doute, mais sans conséquence sur le fond du droit.

§ 1 La gestion prévisionnelle des emplois

■ 536 Les départs à la retraite non remplacés, la formation des salariés à l'évolution de leurs postes, la création d'activités nouvelles se substituant aux activités en difficultés... Les véritables moyens d'éviter les licenciements économiques supposent un travail de prévision, d'anticipation des difficultés, souvent plusieurs années à l'avance. C'est au prix de ce travail réalisé très en amont qu'un véritable dialogue social est possible et que les conséquences humaines les plus rudes des restructurations peuvent être évitées.

Les législateurs européen et français sont donc intervenus pour ordonner le déclenchement de consultations sur les évolutions prévisibles à moyen et long terme de l'emploi et pour ordonner la prise en compte de ces évolutions prévisibles dans les décisions prises au sein des entreprises.

L'article L. 432-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 2323-6 recod.) dispose que « le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les (...) mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel ». L'article L. 432-1-1 du Code du travail (L. 2323-56 recod.) impose une consultation annuelle du comité d'entreprise sur les « prévisions annuelles ou pluriannuelles » en matière d'emploi et sur « les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions ». L'article L. 132-27 du Code du travail (L. 2242-9 recod.) prévoit que la négociation annuelle obligatoire est l'occasion d'un examen par les parties « de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, et notamment (...) des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi ». Et l'article L. 320-2 du Code (L. 2242-15 recod.) précise que dans les très grandes entreprises (plus de 300 salariés en France ou plus de 1 000 en Europe dont au moins 150 en France) une négociation sur ce même thème, mais un peu plus précise, doit s'engager tous les trois ans (cette innovation de loi du 18 janvier 2005, largement redondante, est un exemple du goût prononcé du législateur pour l'empilement de textes).

Ces différents textes sur la gestion prévisionnelle de l'emploi sont de plus renforcés par les directives 98/59/CE, du 20 juillet 1998 (qui consolide des directives

Black plaque (403,1)

de 1975 et de 1992) et du 2 mars 2002 sur l'information et la consultation des travailleurs.

537 Au-delà de ces droits collectifs relatifs à la gestion prévisionnelle de l'emploi, les salariés sont titulaires d'un droit à la formation et d'un droit à l'adaptation aux évolutions prévisibles de leurs emplois. Ces droits ont été créés par la jurisprudence d'abord (Soc. 25 février 1992, *Expovit*, *Bull. civ.* V, n° 122 ; *Dr. soc.* 1992. 922), avant d'être repris et renforcés par le législateur (art. L. 321-1 al. 3 C. trav. issu de la loi du 17 janvier 2002 ; L. 1233-4 recod. ; art. L. 930-1 C. trav., issu de la loi du 4 mai 2004 ; L. 6321-1 recod.). Ils forment une sorte de droit individuel du salarié à la gestion prévisionnelle de son emploi.

538 Le droit est ainsi très clair. La pratique l'est beaucoup moins. Comme bien des lieux de pouvoir, les directions d'entreprises cultivent souvent un goût prononcé pour l'opacité, le secret et le court terme. La résistance face aux textes légaux qui exigent transparence et organisation sur le moyen ou sur le long terme est donc forte. Ces résistances s'expliquent parfois par la crainte des effets démotivants de l'annonce d'une possible réduction future d'effectifs. Elles sont le plus souvent justifiées par la volonté de couper court à d'éventuelles résistances, à l'expression des contre-pouvoirs de droit et de fait qui peuvent exister dans l'entreprise.

Lorsque la procédure de licenciement proprement dite est engagée, il est donc souvent trop tard. Les décisions stratégiques sur l'avenir de l'emploi sont déjà prises. De nombreuses options sont déjà fermées. Tout est en place pour que les licenciements soient organisés dans l'urgence et le conflit. Et ce, en violation de dispositions légales, pourtant pénalement sanctionnées pour la plupart d'entre elles.

§ 2 Le droit au reclassement

539 L'obligation de reclasser est peut-être l'obligation la plus importante qui soit imposée à l'employeur au cours de la procédure de licenciement.

L'existence d'une cause réelle et sérieuse (et donc la licéité du licenciement) est subordonnée à la démonstration par l'employeur de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de reclasser les salariés licenciés, dans l'entreprise et à l'intérieur du groupe de société auquel appartient l'entreprise, y compris à l'étranger (Soc. 7 octobre 1998, *Bull. civ.* V, n° 407). L'obligation de reclassement inclut l'obligation, pour l'employeur, de proposer des formations susceptibles d'aider les salariés à acquérir les compétences nécessaires au reclassement dans de nouveaux emplois (Soc. 4 février 1998, *RJS* 1998, n° 434). Elle s'étend même sans doute à l'exigence d'une recherche au sein d'autres entreprises avec lesquelles l'employeur est en relation d'affaires. Si des éventualités de reclassement externe existent et que l'employeur a négligé de les rechercher, on peut penser qu'il a manqué à son obligation de faire tout ce qu'il peut pour reclasser les salariés dont il envisage le licenciement.

L'obligation de reclassement produit des effets avant les *décisions* de licenciement. Dès l'apparition de la *cause* du licenciement, l'employeur doit rechercher, réserver et proposer des postes disponibles aux personnes menacées de perte d'emploi. En revanche, il n'est tenu de rechercher des postes disponibles qu'à compter de l'apparition de la cause de licenciement. Avant l'apparition de cette cause de licenciement,

l'obligation de reclassement n'est pas née et il peut pourvoir librement les postes disponibles au sein de son entreprise (Soc. 21 juin 2006*).

■ 540 Le droit au reclassement dont bénéficient les salariés est d'origine jurisprudentielle (v. Soc. 1er avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 228). Il a été repris et amplifié par le législateur (lois de 2002, 2003 et 2005) et est aujourd'hui consacré par l'article L. 321-1 alinéa 3 du Code du travail (L. 1233-4 recod.), lequel va au-delà de la jurisprudence en imposant une recherche du reclassement dans l'ensemble du groupe, alors que la jurisprudence se contentait jusqu'ici d'une recherche dans une partie de ce groupe. Ce texte précise de plus que les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises. À défaut de respect de ce formalisme, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc. 20 septembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 276 ; *RDT* 2006. 315, obs. P. Waquet ; *Dr. soc.* 2006. 1156, obs. G. Couturier). Le droit au reclassement a de surcroît été renforcé par la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2005, qui considère désormais que ce droit au reclassement des salariés licenciés « découle directement » du « droit de chacun d'obtenir un emploi » (Déc. 2005-509 DC, cons. 28, *Dr. soc.* 2005. 375, obs. X. Prétot).

Création jurisprudentielle décriée, le droit au reclassement est ainsi devenu droit fondamental en à peine plus de dix ans, ce qui est assez impressionnant. Il est l'exigence d'une recherche loyale et approfondie, par l'employeur d'emplois de substitution pour les salariés menacés par lui de licenciement économique. L'obligation de l'employeur n'est qu'une obligation de moyens, mais elle est une obligation de moyens de plus en plus renforcée.

§ 3 L'ordre des licenciements

■ 541 Une fois prise la décision de licencier une ou plusieurs personnes, dans une certaine catégorie professionnelle, il faut encore préciser quels sont parmi les salariés de cette catégorie, le ou les « heureux élus ». Le choix est difficile, dangereux. Les tensions sont à leur comble, chacun espérant ne pas être, au moins pour cette fois, dans la « charrette » des licenciés.

Dans un tel contexte, la crainte de l'arbitraire est à son comble. Dès 1945 il a donc été demandé aux employeurs de préciser leurs critères de choix et de s'y tenir (art. 10, ordonnance 24 mai 1945). Cette exigence de transparence est aujourd'hui prévue par l'article L. 321-1-1 du Code du travail (L. 1233-5, L. 1233-6 et L. 1233-7 recod.).

La convention collective applicable dans l'entreprise définit, en principe, les critères devant être retenus (art. 321-1-1 al. 2 C. trav. ; L. 1233-6 recod.). À défaut, la loi prévoit que l'employeur doit prendre en compte « les charges de famille et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie » (art. 321-1-1 C. trav. ; L. 1233-5 recod.).

■ 542 Le plus controversé de ces critères est celui des qualités professionnelles. Supprimé en 2002, réintroduit de manière provisoire en 2003, puis de manière définitive en 2005, il reste toujours situé, dans la liste en dernière position. Bien qu'il doive être étayé par des faits objectifs et prouvés (Soc. 14 janvier 1997, *Belkacem** *Bull. civ.* V, n° 16 ; *Grands*

Black plaque (405,1)

arrêts, n° 107 ; Soc. 3 avril 2002, *RJS* 2002, n° 797), la part de l'appréciation subjective par l'employeur est ici difficilement évitable. Et si un certain arbitraire doit s'exprimer dans l'ordre des licenciements, ce sera probablement par cette voie. Le critère apparaît cependant difficile à exclure totalement. La nécessité pour une entreprise en difficultés de conserver ses meilleurs éléments, surtout lorsqu'elle est de petite taille, apparaît difficilement contestable.

543 L'application des critères doit se faire au sein d'une catégorie professionnelle, mais elle doit viser toute l'entreprise et non un atelier ou une équipe déterminée, même si la suppression de poste ne concerne que cet atelier ou cette équipe (Soc. 24 mars 1993, *Bull. civ.* V, n° 97 ; *Grands arrêts*, n° 108 ; Soc. 19 janvier 1994, *Dr. soc.* 1995. 275).

L'employeur doit nécessairement donner une place à chacun des critères légaux. Il ne peut, par exemple, s'abstenir de prendre totalement en compte le critère du handicap (Soc. 11 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 302 ; *RDT* 2007. 32, obs. P. Waquet). Mais il peut donner une place plus ou moins importante à tel ou tel critère (Soc. 14 janvier 1997, *Belkacem**, *préc.*). Mais il peut ajouter tel ou tel autre critère de choix, la liste n'étant pas limitative.

La marge de manœuvre reste donc grande. La jurisprudence n'impose pas à l'employeur tel ou tel critère prédominant, elle ne lui impose donc pas tel ou tel choix. Elle se contente, en définitive, de lui demander de justifier ses choix, d'en montrer la rationalité, d'en extraire autant que possible toute part d'arbitraire et de montrer que les critères mentionnés par le législateur ont bien pris une place, même faible. Il y a là une solution qui s'inscrit dans la montée de l'obligation faite à l'employeur d'exercer son pouvoir de manière rationnelle, ou du moins raisonnable (v. n° 175).

544 Les sanctions ne sont guère à la hauteur. La jurisprudence refuse en effet d'assimiler un licenciement décidé en violation des règles sur l'ordre des licenciements à un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc. 7 février 1990, *Bull. civ.* V, n° 51 ; Soc. 14 janvier 1997, *Belkacem**, *préc.* ; Soc. 2 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 57) et ce même lorsque l'employeur n'a exprimé aucun critère (Soc. 20 janvier 1998, *Bull. civ.* V, n° 20 ; Soc. 2 février 2006, *préc.*). Les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse de l'article L. 122-14-4 du Code du travail sont donc inapplicables. Seules des indemnités calculée selon le préjudice subi peuvent être obtenues. Ces indemnités peuvent être importantes, le préjudice alors subi pouvant être la perte injustifiée de l'emploi (en ce sens, v. Soc. 14 janvier 1997, *Belkacem*, *préc.*).

545 Cette solution est contestable. Pour bien le comprendre, trois situations doivent être envisagées.

Dans la première, le salarié licencié en violation de l'ordre des licenciements aurait été de toute manière licencié, même si ces critères s'étaient correctement appliqués. Auquel cas, son licenciement apparaît justifié et la violation de l'ordre des licenciements, pour lui, n'est que la violation d'une obligation formelle. Le préjudice subi sera très faible. Et l'on peut comprendre alors que les juges hésitent à en tirer toutes les conséquences d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Mais, dans la deuxième, le salarié licencié en violation de l'ordre des licenciements n'aurait pas été licencié si ces critères avaient été respectés.

Black plaque (406,1)

Dans la troisième situation, du fait de l'absence de toute précision sur les critères, il est totalement impossible de savoir si ce devait être lui ou un autre qui aurait dû être licencié.

Dans ces deux dernières situations, l'existence d'une cause réelle et sérieuse est on ne peut plus compromise. On suppose que l'employeur avait bien un motif réel et sérieux de décider d'*un* licenciement. Mais ce motif ne pouvait pas *causer* de manière réelle et sérieuse le licenciement de la personne considérée.

Si l'on sait que l'application des critères désignait quelqu'un d'autre, le motif devait selon l'ordre légal, causer *un autre* licenciement. Le salarié licencié a perdu son emploi *par la cause* de la violation de l'ordre des licenciements et non parce que les machines ont été changées, ni parce que des difficultés financières rendaient nécessaire les suppressions de postes : de tels motifs n'avaient de force causale juridique qu'envers la rupture du contrat d'autres salariés. La cause du licenciement est la violation de l'ordre des licenciements et donc la violation de la loi. Celle-ci est peut-être une cause réelle, mais ce n'est pas une justification, ce n'est donc pas une cause sérieuse.

Si l'on ignore tout des critères, il est impossible de prouver que le motif invoqué causait le licenciement de la personne visée. La cause de ce licenciement n'est donc pas réelle, une cause réelle étant une cause prouvée (v. n° 459).

Sauf s'il est démontré que le salarié aurait été licencié même si l'ordre des licenciements avait été respecté, la violation de l'ordre des licenciements équivaut donc, logiquement, à une absence de cause réelle et sérieuse. Il est regrettable que la jurisprudence en ait décidé autrement.

§ 4 Les conventions proposées à l'occasion de la rupture

■ 546 L'employeur doit proposer à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement le bénéfice d'une « convention de reclassement personnalisé » (art. 321-4-2 C. trav. ; L. 1233-65 et s. recod. ; convention du 27 avril 2005 modifiée par la convention du 18 janvier 2006, agréée par arrêté 2 mars 2006, *JO* p. 3176). Ces conventions transforment le licenciement en une rupture amiable du contrat de travail, ce qui n'est pas sans risques pour les salariés : ceux-ci sont notamment privés du droit de contester la cause économique qui était à l'origine du projet de l'employeur (art. L. 321-4-2, al. 4 C. trav.). En échange de leur accord, les salariés deviennent stagiaires de la formation professionnelle et perçoivent un revenu de remplacement pendant huit mois au maximum. Le montant du revenu de remplacement est, en principe, de 80 % pendant les 91 premiers jours, puis de 70 % de l'ancien salaire, à condition que le salarié ait deux ans d'ancienneté. Le montant du revenu de remplacement est, sinon, d'un montant inférieur. Le salarié bénéficie, en outre, d'un entretien individuel de pré-bilan réalisé par l'ANPE et d'un plan d'action comportant un suivi individuel, des mesures d'orientation, d'éventuelles validations des acquis de l'expérience, etc. L'employeur verse pour sa part une contribution de deux mois de salaires aux ASSEDIC.

Comme c'était le cas en matière de convention de conversion, ces conventions peuvent être intéressantes ou non pour les salariés selon les cas. Avant de les accepter ou de les refuser une bonne connaissance des droits dont les salariés peuvent bénéficier par ailleurs s'impose.

Black plaque (407,1)

547 Dans les entreprises d'au moins 1000 salariés, la proposition d'un « congé de reclassement », se substitue à la convention de reclassement personnalisée (art. L. 321-4-3 ; L. 1233-71 recod., R. 321-10 à 16 C. trav.). Ce congé, qui maintient un lien avec l'entreprise, remplace le préavis par une durée de quatre à neuf mois, comportant diverses mesures de formation et d'aide à la recherche d'emploi. La rémunération est maintenue par l'employeur pendant la durée du congé. Une rémunération à hauteur de 65 % du salaire suit (sans tomber en dessous de 85 % du SMIC).

Ce congé de reclassement peut encore, depuis la loi du 21 décembre 2006, être remplacé par un congé de mobilité (art. L. 320-2-1 C. trav. ; L. 1233-77 et s. recod.). Celui-ci est réservé aux entreprises ayant conclu un accord de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences. Il doit être proposé avant la rupture du contrat et équivaut, en cas d'accord du salarié, à une rupture d'un commun accord. Il s'agit pour le salarié d'accepter, pendant une durée variable, qui comprend au moins la durée du préavis de licenciement, un accompagnement composé de périodes de travail et de formation, en vue de préparer un reclassement futur. Pendant neuf mois maximum, l'entreprise bénéficie d'exonérations quasi totales de charges sociales. L'idée est encore de dire aux employeurs : si vous faites des efforts pour garder vos salariés, vous aurez des aides financières et vous pourrez vous affranchir des obligations liées au licenciement pour motif économique. Opportunité pour les salariés ou marché de dupes ?

section 3

Questions communes à l'ensemble des licenciements collectifs

548 Dès que le licenciement est collectif, c'est-à-dire dès qu'un même motif conduit à envisager le licenciement d'au moins deux salariés, les représentants du personnel doivent être consultés spécifiquement sur le projet de licenciement. En principe c'est le comité d'entreprise qui est l'auteur de ces consultations. Ce n'est qu'en l'absence de comité d'entreprise que les délégués du personnel sont chargés d'émettre la consultation.

549 En pratique, s'appuyant sur ce droit à la consultation, le comité d'entreprise est devenu le principal contrepoids organisé face aux licenciements collectifs. Il est souvent une force de contre-propositions, de suggestions. La négociation collective menée par les délégués syndicaux est elle aussi en passe d'acquérir une place essentielle, notamment dans les grands licenciements collectifs, via la négociation d'accords de méthode (n°s 563-565) et les obligations de négociations en développements, particulièrement de la négociation en matière de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétence (n°s 536 et 558). Mais cette influence est surtout sensible dans les grands licenciements collectifs (n° 555 et s.)

L'influence du comité d'entreprise dans les procédures de licenciement collectif vient d'abord des règles qui ordonnent son information et sa consultation préalable, règles qui sont plus où moins détaillées et précises selon l'importance de l'entreprise

Black plaque (408,1)

et la taille du licenciement collectif projeté (v. art. L. 432-1 et s. C. trav. et L. 321-2 et s. C. trav. (L. 2323-6 et s. et L. 1233-8 et s. recod.) et, pour les grands licenciements collectifs, n° 556 et s.).

Elle s'explique ensuite, et peut-être surtout, par l'efficacité des recours en justice que peut faire le comité, en cas de violation de ces obligations. À la suite des arrêts *Sietam* (Soc. 16 avril 1996, *Sietam Industries*, *Bull. civ.* V, n°s 163, 164 et 165 ; *Dr. soc.* 1996. 484, note A. Lyon-Caen et p. 932, note G. Bélier et H.-J. Legrand ; *Dr. ouvrier* 1996. 317, note M. Miné ; *RJS* 1996, n° 5, p. 316, concl. R. Kessous ; *JCP* E 1996. 161, note G. Picca) une véritable capacité de blocage, par voie d'action en justice, a été reconnue aux comités d'entreprise en cas de violation par l'employeur de ses obligations d'information et de consultation. Depuis ces arrêts, le comité d'entreprise peut alors obtenir en référé la suspension de la procédure de licenciement. Cette suspension obligera l'employeur à reprendre la procédure en respectant scrupuleusement, cette fois, les prérogatives du comité. L'action en référé est ici d'autant plus efficace que, si elle est suffisamment crédible dans ses fondements, elle force l'employeur à en attendre l'issue avant de procéder aux licenciements. Un licenciement économique décidé en violation des prérogatives du comité d'entreprise est en effet nul, s'il a été prononcé alors qu'une demande de suspension était en cours et que la procédure consultative était irrégulière (Soc. 14 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 5 ; Soc. 7 avril 2004, *Dr. soc.* 2004. 668, obs. G. Couturier ; *Bull. civ.* V, n° 108 ; Soc. 11 janvier 2007, pourvoi n° 05-10350, *Bull. civ.* V, n° 5). Et la nullité est de loin la sanction la plus efficace en droit du licenciement (v. n°s 498-504).

En revanche, si le comité est peu au courant de ses droits, s'il est simplement passif ou un peu lent, ou encore si l'employeur est particulièrement efficace et qu'il prend le comité de vitesse, les licenciements décidés en violation de la procédure de consultation ne sont pas nuls. La jurisprudence décide en effet que, si le comité agit *après* que les licenciements aient été prononcés, malgré l'irrégularité de la procédure consultative, les licenciements prononcés ne sont pas nuls (v. Soc. 14 janvier 2003 ; Soc. 7 avril 2004 ; Soc. 11 janvier 2007, *préc.*). L'employeur pourra « simplement » être condamné pour entrave aux fonctions du comité et au versement de dommages-intérêts en fonction du préjudice subi du fait de l'absence de consultation.

La solution peut se comprendre pour des raisons pratiques. La réintégration rapide, ordonnée en référé, est une condamnation moins lourde que la réintégration ordonnée au fond, parfois après plusieurs années de procédure. Elle n'en apparaît pas moins juridiquement très étonnante. Dans les autres domaines du droit du travail, la faculté du juge des référés d'ordonner le rétablissement de la situation initiale et celle des juges du fond de prononcer la nullité sont indissociées. L'arrêt de la Cour de cassation qui a reconnu pour la première fois la nullité du licenciement irrégulier d'un salarié gréviste l'a fait pour motiver la faculté accordée au juge des référés de suspendre un tel licenciement et d'ordonner la réintégration : la suspension en référé était valide *parce que* la nullité au fond était encourue (Soc. 26 septembre 1990, *Compagnie lyonnaise de goudrons et de bitumes*, *Bull. civ.* V, n° 387 ; *Dr. ouvrier* 1990. 457, note F. Saramito ; *Dr. soc.* 1991. 60, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; *Grands arrêts*, n° 200). Réciproquement, la Cour a déjà cassé une décision de suspension du juge des référés au motif que l'irrégularité commise « n'a pas pour effet d'entraîner la nullité » (Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105 ; *Dr. soc.* 2003. 552, note G. Couturier).

En matière de licenciements économiques, au contraire, la réintégration ne peut être ordonnée que si la suspension de la procédure de licenciement a été demandée avant le licenciement...

Black plaque (409,1)

Sans doute les juges ont-ils été sensibles aux arguments des employeurs qui craignaient d'être sévèrement sanctionnés lorsqu'ils violent leurs obligations vis-à-vis du comité d'entreprise. La solution n'en demeure pas moins symptomatique de la crainte que suscite la nullité des licenciements : l'employeur qui viole les prérogatives du comité d'entreprise encoure une peine de prison d'un an au titre de l'entrave aux fonctions du comité d'entreprise (L. 483-1 C. trav. ; L. 2328-1 recod.) sans que cela ne suscite beaucoup d'émoi. En revanche, l'idée qu'il puisse encourir la nullité des licenciements glace encore d'effroi.

La capacité d'influence du comité d'entreprise au cours des procédures de licenciements économiques collectifs a cependant semblé encore excessive pour le législateur. Pour réduire « l'insécurité » que faisait peser cette possible action en justice des comités d'entreprise, la loi du 18 janvier 2005 a pris toute une série de mesures, en vue de restreindre leur droit d'agir en justice. La contestation en référé de la régularité d'une réunion du comité d'entreprise ne peut avoir lieu que dans les quinze jours de cette réunion (art. L. 321-16 al. 1er C. trav. ; L. 1235-7, al. 1er recod.) ; la contestation d'un accord dérogatoire privant le comité d'une partie de ses droits à consultation en cas de licenciement collectif est limitée à trois mois et si cet accord fixe le contenu du plan social, le délai est d'un an (art. L. 320-3 al. 5 ; L. 1233-24 recod.). Ce raccourcissement des délais risque de multiplier les recours conservatoires dans les très grandes entreprises, là où les membres du comité sont bien renseignés et de supprimer bien des possibilités d'agir en justice ailleurs. On notera au passage qu'aucune contestation n'est plus recevable, d'où qu'elle vienne, un an après le prononcé des licenciements (art. L. 321-16 al. 2 ; L. 1235-7 al. 2 recod.).

La suppression des radars sur autoroute est peut-être une mesure souhaitable. Mais il ne viendrait à l'esprit de personne de prôner une telle suppression au nom de la sécurité. La seule sécurité qui fait sens en la matière est la sécurité routière. En droit du licenciement, au contraire, c'est la suppression des possibilités de sanctionner les comportements illicites qui est qualifiée de renforcement de la sécurité. La sécurité ici invoquée comme digne d'attention est la sécurité des employeurs qui auraient violé certaines règles et qui, grâce aux nouveaux délais de prescription, ne peuvent plus être sanctionnés. Cette sécurité des auteurs de comportements illicites, semble avoir aujourd'hui une valeur supérieure, dans les discours, à la sécurité de l'emploi. Ce qui apparaît assez symptomatique de certaines tendances actuelles.

550 Les consultations de représentants du personnel sont plus ou moins détaillées, complètes, selon le nombre de salariés de l'entreprise et selon le nombre de licenciements projetés. De nombreuses précisions et délais sont alors, selon les cas, prévus par le Code du travail.

Un problème cependant est général. Dès lors que le licenciement est collectif plusieurs obligations de consulter sont prévues par le Code du travail. Les unes ont pour fondement le Livre III du Code du travail (que l'on retrouve au Livre I de la recodification), les autres le Livre IV (que l'on retrouve au Livre II de la recodification). D'importants débats sont nés de l'agencement de ces consultations (§ 2).

Mais encore faut-il que l'employeur ait un interlocuteur, que des représentants du personnel soient présents dans l'entreprise. Or, ce n'est pas toujours le cas, même lorsque les seuils qui rendent ces institutions obligatoires sont dépassés (§ 1).

Black plaque (410,1)

§ 1 L'absence de représentation du personnel

551 Si l'entreprise compte au moins onze salariés pour les délégués du personnel, et au moins cinquante pour le comité d'entreprise, ces institutions doivent être mises en place.

Le dépassement de ces seuils crée une obligation pour l'employeur d'organiser des élections, périodiquement, selon certaines formes obligatoires. En l'absence de candidats, un constat de carence sera dressé et l'employeur sera considéré comme ayant rempli ses obligations. Il devra simplement tenter de réorganiser des élections périodiquement.

L'absence dans l'entreprise de délégués du personnel ou de comité d'entreprise, au-delà de leurs seuils d'effectif respectifs, n'est donc licite qu'en présence de tels constats de carence. Si l'employeur ne peut produire de tels constats, l'absence d'institution représentative élue caractérise sa faute, laquelle peut être pénalement sanctionnée.

Alors, la non-consultation est due à la faute de l'employeur. Elle lui est imputable.

552 La sanction devrait alors tomber. Un licenciement prononcé en violation des obligations de consultation préalable obligatoire est nul (pour une annulation liée à l'irrégularité de la saisine du comité d'entreprise, v. Soc. 14 janvier 2003*). En principe, l'absence d'institutions représentatives *par la faute de l'employeur* ne devrait pas être une circonstance atténuante, une cause d'adoucissement des sanctions (v. n°s 144 et 1057). Il s'agirait plutôt d'une cause aggravante : non seulement les consultations obligatoires n'ont pas eu lieu, mais il n'y a même jamais eu aucune consultation, parce que l'employeur a bloqué par sa faute la création d'une représentation collective des salariés.

Le plus grave devrait être au moins sanctionné à la même hauteur que le moins grave. Et l'absence d'institution représentative, par la faute de l'employeur, aurait dû interdire le licenciement économique, jusqu'à ce que l'employeur ait pris le temps d'organiser les élections, comme il est tenu de le faire (en ce sens, à propos de l'obligation de consulter les délégués du personnel avant le licenciement d'un salarié accidenté du travail : Soc. 7 décembre 1999, *Bull. civ.* V, n° 470).

553 Le législateur semble en avoir décidé autrement. Lorsqu'un employeur n'a pas consulté l'institution représentative compétente, parce que *par sa faute* cette institution n'existe pas dans l'entreprise, il doit être condamné à verser aux salariés licenciés un supplément d'indemnité d'un mois de salaire (art. L. 321-2-1 C. trav., issu de la loi 17 janvier 2002 ; L. 1235-15 recod.). L'employeur qui est dans cette situation est coupable d'entrave à la constitution d'un comité d'entreprise (art. L. 483-1 C. trav. ; L. 2328-1 recod.) ou d'entrave à la désignation des délégués du personnel (art. L. 482-1 C. trav. ; L. 2316-1 recod.). Ces infractions apparaissent assez graves pour être passibles d'un an d'emprisonnement, mais insuffisamment graves pour conduire à l'annulation des licenciements. La prévision d'une sanction d'un mois de salaire, conçue comme une nouvelle protection accordée aux salariés, fonctionne ainsi comme une possibilité ouverte aux employeurs de violer la loi à moindre coût.

Black plaque (411,1)

§ 2 L'agencement des Livres III et IV (P1 et P2 recod.)

554

Les institutions représentatives du personnel doivent être consultées sur le fondement de deux séries de textes.

Les uns sont placés avec les dispositions sur la compétence des comités d'entreprises, au Livre IV du Code du travail (art. L. 432-1 et s. C. trav.), repris à la Partie 2 de la recodification (L. 2323-1 et s.). Les autres sont situés avec les dispositions relatives aux licenciements économiques, au Livre III (art. L. 321-2 et s. C. trav.), repris au sein de la Partie 1 de la recodification (L. 1233-8 et L. 1233-28 et s. recod.). Ces consultations ont des objets distincts : les consultations du Livre IV (P2 recod.) ont pour objet principal l'« opération projetée » (art. L. 432-1 al. 2 ; L. 2323-15 recod.) : « faut-il vraiment déplacer l'usine ? », alors que les consultations du Livre III (P1 recod.) sont essentiellement orientées sur les moyens d'éviter les conséquences sur l'emploi de ces opérations : « comment éviter que le déplacement de l'usine conduise à des licenciements ? ».

Logiquement, les consultations du Livre III (P1 recod.) devraient donc suivre les consultations du Livre IV (P2 recod.). C'est ce qu'avait décidé la jurisprudence (Soc. 16 avril 1996, *Sietam industries*, *Bull. civ.* V, n° 165 ; Soc. 17 juin 1997, *Grands Magasins de l'Ouest, Bull. civ.* V, n° 223 ; *Grands arrêts*, n° 106) et la loi du 17 janvier 2002. La loi du 18 janvier 2005 est partiellement revenue sur ces décisions.

L'article L. 321-3 alinéa 2 (L. 1233-30 recod.) dispose désormais que la consultation sur le fondement de l'article L. 432-1 (L. 2323-15 recod.) et la procédure de grand licenciement collectif peuvent être menées de manière concomitante. Ces procédures continuent alors d'exister de manière séparée, ce qui signifie des informations et des débats distincts, mais elles peuvent être menées au cours des mêmes réunions des représentants du personnel.

L'article L. 321-3 alinéa 2 (L. 1233-30 recod.) est limité dans ses effets (peut-être à la suite d'une maladresse de rédaction ?). L'intention du législateur était d'éviter le caractère successif des procédures des Livres III et IV (P1 et P2 recod.). Mais le texte ne vise pas toutes les situations. Le texte ne vise que les procédures applicables aux grands licenciements collectifs. Pour les petits licenciements collectifs les consultations des Livres III et IV (P1 et P2 recod.) pourraient donc demeurer successives. De plus le texte ne vise, au titre des procédures du Livre IV (P2 recod.), que le seul article L. 432-1 du Code du travail (et le recodification est encore plus limitée, puisque l'art. L. 1233-30. ne vise que l'art. L. 2323-15, alors que l'art. L. 432-1 C. trav. était plus large). Or, en cas de projet susceptible de provoquer des licenciements économiques, le comité d'entreprise peut aussi trouver compétence à être consulté sur le fondement d'autres textes, notamment sur le fondement de l'article L. 432-1-2 (L. 2323-16 recod.)(consultation du comité d'entreprise du sous-traitant sur alerte du donneur d'ordre) ou sur celui de l'article L. 432-2 (L. 2323-13 recod.)(introduction de nouvelles technologies). Ces consultations du Livre IV (P2 recod.) pourraient rester indépendantes et préalables au déclenchement des consultations prévues au Livre III (P1 recod.) pour les grands licenciements économiques.

Black plaque (412,1)

section 4

Questions spécifiques aux grands licenciements collectifs

■ 555 Alors que les petits licenciements ne font l'objet que d'une information *a posteriori* de l'administration, à des fins essentiellement statistiques (art. L. 321-2 C. trav. ; L. 1233-19 et L. 1233-20 recod.), les grands licenciements font l'objet d'une information préalable de l'administration, ce qui peut notamment permettre l'ouverture de possibles négociations sur les aides publiques (L. 321-7 C. trav. ; L. 1233-46 et s. recod.).

■ 556 Les grands licenciements collectifs doivent surtout être précédés par une procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise beaucoup plus complexe et détaillée, surtout dans l'hypothèse où le licenciement touche une entreprise de plus de cinquante salariés. Deux mesures-clef s'appliquent alors.

La première est la nomination d'un expert comptable, rémunéré par l'employeur, mais choisi, dirigé et utilisé par le comité d'entreprise (v. art. L. 434-6 C. trav. ; L. 2325-35, 5° recod.).

La seconde est devenue la mesure sans doute la plus importante de la procédure des licenciements collectifs : il s'agit de l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (§ 1).

■ 557 L'obligation de réaliser un tel plan et la plupart des autres éléments de la procédure applicable aux grands licenciements collectifs ont cependant été profondément fragilisés par la loi du 18 janvier 2005. Depuis cette loi, sous la menace d'une aggravation des projets de l'employeur, les syndicats peuvent être conduits à abandonner la plupart des garanties procédurales des salariés, dans des accords collectifs dits « accords de méthode » (§ 2).

§ 1 Le plan de sauvegarde de l'emploi

■ 558 Ce n'est que dans les entreprises de plus de cinquante salariés que les grands licenciements collectifs doivent faire l'objet d'un « plan de sauvegarde de l'emploi » (art. L. 321-4-1 C. trav. ; L. 1233-61 recod.). Ce plan a longtemps été nommé « plan social ». L'expression était passée dans le langage courant pour désigner, de manière édulcorée, les licenciements économiques de grande ampleur. Et l'on disait habituellement : « mon entreprise en est à son troisième plan social ». L'expression a ainsi été progressivement chargée de sentiments forts négatifs. Tout à ses instincts de grand communiquant, le législateur a cru bon de masquer la réalité sous un « slogan publicitaire » de plus et la loi du 17 janvier 2002 a rebaptisé le plan social en « plan de sauvegarde de l'emploi ». L'expression est un peu longue, elle a donc donné lieu à l'acronyme PSE. Et déjà l'on dit, ici ou là, « mon entreprise en est à son troisième PSE ».

Si le plan social devenu PSE a cette tendance à devenir synonyme de grand licenciement économique, ce n'est pas sans raison. Il s'agit bien de la pièce maîtresse

Black plaque (413,1)

de la procédure du grand licenciement collectif. Le plan de sauvegarde de l'emploi doit faire l'objet d'une consultation préalable du comité d'entreprise. Il fait aussi l'objet d'une information préalable adressée à l'administration, laquelle pourra en cas d'absence ou d'insuffisance du plan dresser un constat de carence. Ce constat pourra alerter l'employeur sur les irrégularités commises, mais il ne lie ni le juge judiciaire, ni l'employeur : il n'a pas d'autre valeur que d'alerter l'employeur sur l'existence de possibles irrégularités.

Dans les entreprises pour lesquelles une négociation collective sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) est impérative (v. n° 536), la question est posée de savoir si cette négociation est un préalable nécessaire à l'adoption d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Les juges du fond ont tranché cette question dans des sens divers, même si une tendance à poser cette négociation comme un préalable obligatoire semble l'emporter. Cette dernière solution apparaît en effet relativement logique : le PSE doit intégrer des mesures qui relèvent de la GPEC (v. l'art. L. 321-4-1 C. trav. ; L. 1233-62 recod. ; v. n° 560). Et ces mesures doivent faire l'objet d'une négociation collective dans les entreprises où cette négociation est obligatoire. Dès lors, sauf si la négociation GPEC a déjà eu lieu et que l'employeur a de ce fait rempli ses obligations de négociation en la matière, le PSE est un acte qui, pour partie, dans certaines entreprises, est soumis à une obligation de négociation préalable.

Cette évolution s'inscrit au demeurant dans un mouvement plus vaste : souvent, et même de plus en plus souvent, la négociation collective obligatoire dans l'entreprise porte sur des sujets qui font par ailleurs l'objet d'une obligation de consultation préalable du comité d'entreprise. L'employeur est alors soumis à une obligation d'informer, de consulter *et* de négocier.

559 Malgré ces procédures d'information, de contrôle, de consultation, et même de négociation dans les très grandes entreprises, le plan de sauvegarde de l'emploi demeure, en principe, édicté par l'employeur. C'est un acte unilatéral. Rien n'interdit bien sûr d'associer les syndicats et de faire du plan de sauvegarde de l'emploi une convention collective, mais il ne s'agit que d'une faculté accordée à l'employeur et non d'une obligation.

Le contenu du PSE, évoqué par la loi, a été précisé par la jurisprudence (A). L'absence ou l'insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi est sanctionnée par la nullité non seulement de la procédure, mais des licenciements économiques eux-mêmes (B).

A. Contenu

560 Le plan de sauvegarde de l'emploi a pour finalité, comme son nom l'indique, d'« éviter les licenciements » ou d'« en limiter le nombre » et de « faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité » (art. L. 321-4-1 C. trav. al. 1er ; L. 1233-61 recod.). Rien d'original jusqu'ici, cette finalité étant partagée par la quasi-totalité du droit du licenciement économique.

C'est dans les moyens qu'il doit déployer que ce plan prend de l'importance. L'employeur doit en effet consigner expressément en son sein les mesures qu'il compte prendre et le texte énumère quelques-uns des moyens qu'il doit essayer de mettre en œuvre. Outre le reclassement des salariés, l'employeur est invité à la « création d'activités nouvelles par l'entreprise », au « reclassement externe à

Black plaque (414,1)

l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi » ; à « des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés » ; à « des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents » ; « à des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ». Bref, il est invité à rechercher tous les moyens à sa disposition pour éviter autant que faire se peut les licenciements. L'idée selon laquelle le licenciement économique doit être le dernier recours trouve ici son plus sûr fondement.

■ 561 La jurisprudence a donné toute sa portée à ce texte.

Elle a précisé qu'il devait contenir des mesures précises, concrètes et non de vagues promesses abstraites (Soc. 17 mai 1995, *Everite** ; Soc. 13 février 1997, *Bull. civ.* V, n° 63). La mention « un reclassement dans les entreprises voisines sera recherché » ne vaut rien. Seules valent des mentions du type : « sept emplois sont offerts par l'entreprise X, l'entreprise Y a proposé d'embaucher quatre personnes de telle qualification,... ».

La jurisprudence prévoit de plus qu'il ne suffit pas de recourir à l'une ou l'autre des mesures mentionnées par le texte. *Dans la mesure de ses possibilités*, l'employeur doit mettre en œuvre l'ensemble des moyens disponibles (Soc. 28 mars 2000*). Il ne suffit pas, par exemple, de proposer trente postes de reclassement aux quatorze salariés concernés, dès lors que ces postes supposent une modification des contrats de travail, par changement du lieu de travail. Pour juger le plan social valide, la cour d'appel aurait du encore vérifier si l'employeur ne pouvait pas prendre d'autres mesures « telles que réduction de la durée du travail, passage au temps partiel et développement d'activités nouvelles » (Soc. 28 mars 2000, *préc.*).

Le plan de sauvegarde de l'emploi est donc un texte qui, pour être valide, doit être à la fois précis et complet. L'employeur doit en quelque sorte démontrer par écrit, au sein de ce plan, qu'il a déployé l'ensemble de ses moyens pour éviter les licenciements.

B. Sanctions

■ 562 En cas d'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, en cas de plan non précédé des consultations obligatoires, en cas d'insuffisance du contenu du plan, la sanction est toujours la même : la nullité de la procédure et de tous les actes qui en sont résultés. En clair les licenciements sont nuls.

Cette solution a été âprement débattue en doctrine. La nullité du licenciement était défendue notamment par Jean Pélissier, cependant que Gérard Couturier s'y opposait radicalement (v. Biblio, les art. cités). La Cour de cassation a tranché nettement en faveur des thèses du premier de ces auteurs par l'arrêt *Samaritaine* du 13 février 1997. À compter de cet arrêt, l'insuffisance du plan social a permis de sanctionner efficacement de nombreux licenciements économiques illicites (sur les conséquences de la nullité du licenciement, v. n° 493-499). La loi du 17 janvier 2002 a entériné cette avancée. La loi du 18 janvier 2005 l'a un peu édulcorée. Cette dernière loi permet simplement, en cas d'« impossibilité » de prononcer la réintégration de substituer au droit à la réintégration une indemnité de douze mois de salaire (art. L. 122-14-4 al. 1er C. trav., L. 1235-11, recod., sur cette nouveauté, v. n° 503).

Black plaque (415,1)

La jurisprudence a curieusement adoucis encore cette sanction en précisant qu'en cas de réintégration à la suite de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi, il n'était pas nécessaire de rechercher si des postes étaient disponibles au niveau du groupe (Soc. 15 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 69 ; *Dr. soc.* 2006. 570-572, obs. M. Grévy). Cette solution est difficile à justifier. Elle rend la nullité pour absence de plan de sauvegarde de l'emploi moins exigeante que l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur en cas de licenciement pour motif économique (v. n°s 539-540) : la sanction de la violation d'une obligation est ainsi plus légère que l'exécution de cette obligation...

§ 2 Les accords de méthode

563 Il était devenu traditionnel que les syndicats puissent renoncer aux droits légaux des salariés, notamment en matière de temps de travail. C'est de manière beaucoup plus récente que les syndicats peuvent renoncer aux droits des comités d'entreprise.

Expérimentaux dans la loi 3 janvier 2003, élargis et pérennes depuis la loi du 18 janvier 2005, les accords collectifs dis « de méthode » peuvent désormais réorganiser complètement les modalités d'information et de consultation des comités d'entreprise en cas de grand licenciement collectif (art. L. 320-3 C. trav. ; L 1233-21 C. trav.). Les obligations issues des Livres III et IV (P1 et P2 recod.) sont également touchées. Seuls peuvent résister à de tels accords les obligations de formation, d'adaptation et de reclassement (art. L. 321-1 al. 3 C. trav. ; L. 1233-4 recod.), les informations à fournir au comité avec un délai d'examen suffisant et quelques obligations générales de consultation (art. L. 321-4 al. 1 à 10, et L. 431-5 C. trav. ; L. 1233-31 à L. 1233-33 recod. et L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5) et les dispositions spécifiques aux cas de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L. 321-9 C. trav. ; L. 1233-58).

En pratique, les obligations d'information et de consultation du comité d'entreprises pourront être considérablement réduites. Elles pourront même être transférées à des instances de négociation particulières originales, ce qui est assez fréquent en pratique.

564 Les accords de méthode ne peuvent pas, en revanche, déroger aux règles sur le plan de sauvegarde de l'emploi (sur ce plan, v. n°s 558 à 563).

Les accords de méthode peuvent « anticiper le contenu » du plan de sauvegarde de l'emploi (art. L. 320-3 al. 3 C. trav. ; L. 1233-22 *in fine* recod.). Il s'agirait alors, à froid, de préparer un possible contenu pour le plan de sauvegarde de l'emploi futur. Une telle anticipation est fort utile. Mais elle ne peut remplacer le plan de sauvegarde de l'emploi. Puisque anticipation il y a, cela signifie que l'heure n'est pas encore venue de rédiger un véritable plan de sauvegarde ; cela signifie encore qu'il n'existe toujours pas de projet connu de grand licenciement collectif. En l'absence d'un tel projet, un tant soit peu précis, aucune réponse concrètement adaptée n'est imaginable, les mesures précises circonstanciées qui sont le propre d'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peuvent qu'être absentes. L'anticipation sur le plan peut créer un certain nombre d'obligations minimales, mais il n'est pas ce qu'il anticipe, il ne se substitue pas au plan social. Il ne peut donc pas non plus être attaqué pour insuffisance de contenu comme un plan de sauvegarde de l'emploi peut l'être.

Black plaque (416,1)

565 En revanche, l'article L. 320-3 alinéa 3 (L. 1233-22 *in fine* recod.) précise que l'accord de méthode peut « déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi (...) fait l'objet d'un accord » et l'alinéa 5 mentionne les accords qui « déterminent ou anticipent » un tel plan (L. 1233-24 recod.). La possibilité d'adopter le plan de sauvegarde de l'emploi sous forme d'accord collectif est ici consacrée. Cette possibilité existait au demeurant avant l'existence du texte. Aucune dérogation aux conditions légales du plan de sauvegarde de l'emploi n'est ici prévue. L'accord valant plan de sauvegarde de l'emploi doit donc, pour être valide, respecter l'ensemble des conditions de forme (consultation préalable) et de fond, de contenu, qui s'impose pour de tels plans. Un accord-plan de sauvegarde de contenu insuffisant équivaudrait à une absence de plan, avec toutes les conséquences qui en découlent.

section 5

La cause économique réelle et sérieuse

566 Comme tout licenciement, le licenciement pour motif économique doit être pourvu d'une cause réelle et sérieuse. L'article L. 321-1 du Code du travail *in fine* (L. 1233-3 recod.) précise que la justification peut être découverte « notamment » dans « des difficultés économiques » ou « des mutations technologiques ». Cette liste est non limitative. En particulier, le motif peut être, simplement, la fermeture totale et définitive de l'entreprise, pourvu que cette fermeture ne soit pas « due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable » (Soc. 16 janvier 2001*). La simple fermeture d'un établissement n'est pas en elle-même une cause suffisante, il faut encore montrer que cette fermeture est nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (Soc. 9 mars 2004*). Ces difficultés économiques, mutations technologiques, fermetures définitives d'entreprise ou autres doivent être réelles et sérieuses pour justifier un licenciement économique.

§ 1 Le réel par opposition au sérieux

567 La réalité du motif économique présente peu d'originalité. Comme en droit commun du licenciement, le motif allégué par l'employeur doit être objectif, existant et exact (v. n° 453 et s. et, plus spécifiquement sur l'exactitude du motif du licenciement économique, v. n° 459).

Simplement, il faut constater que souvent, la Cour de cassation parle de « réalité » du motif alors que ce qui est en cause est le « sérieux » de ce motif. Est ainsi symptomatique l'arrêt du 10 juillet 1999*, qui affirme que : « ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées ». La baisse du chiffre d'affaires et la baisse des bénéfices étaient pourtant bien réelles, c'est-à-dire objectives, existantes (prouvées) et exactes (c'était à cause de ces faits que le salarié avait été licencié). Simplement les difficultés en question n'étaient pas sérieuses. Elles ne suffisaient pas à justifier le licenciement, parce

Black plaque (417,1)

qu'elles ne rendaient pas le licenciement nécessaire, elles n'étaient pas suffisamment sérieuses.

Cette confusion de rédaction est assez fréquente : on ne compte plus les arrêts qui affirment que tel ou tel licenciement n'a pas de « cause économique », alors qu'il est bien pourvu d'une cause économique réelle, mais que, simplement, cette cause n'est pas suffisante pour justifier le licenciement, qu'elle n'est pas sérieuse (pour des exemples de cette maladresse de rédaction, v. not. Soc. 5 octobre 1999 ; Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT* * ; Soc. 16 janvier 2001* ; Soc. 9 mars 2004*). De ces exemples, il faut simplement déduire que la Cour de cassation parle d'absence de « cause économique », lorsqu'il s'agit d'une absence de « cause économique réelle et sérieuse ». Le raccourci n'emporte pas de conséquence : les juges contrôlent le sérieux de la cause économique et ils exercent même en la matière un contrôle très approfondi. Simplement l'ellipse, malheureuse, pourrait entretenir la confusion. D'autant que le législateur a déjà semé le trouble en la matière en mélangeant allègrement qualification de « motif économique » et recherche du caractère réel et sérieux du motif économique (v. art. L. 321-1 C. trav. ; L. 1233-3 recod. et n° 507).

568 Ces confusions langagières, parfois corrigées par la Cour (Soc. 13 avril 1999*) sont sans conséquence sur la solution des litiges. Elles peuvent et donc elles doivent être soigneusement évitées dans l'exposé du droit positif, si l'on souhaite que la matière soit intelligible.

§ 2 Le sérieux de la cause économique

569 Pour que tel ou tel événement qui touche l'entreprise soit une cause économique sérieuse, il ne suffit pas qu'elle ait été le motif réel de la décision de licencier. C'est bien pour cette raison-là, objective et existante, que l'employeur a licencié. Mais cela ne suffit pas. Cette raison doit encore être sérieuse, c'est-à-dire être considérée par les juges comme une justification suffisante.

Le contrôle du sérieux de la cause n'est pas un contrôle de l'opportunité de la décision de licencier. Il n'est pas dans les fonctions du juge de se substituer à l'employeur dans l'appréciation de l'opportunité économique de telle ou telle mesure de gestion. Il ne serait plus alors aucune décision de gestion qui ne pourrait être qualifiée d'« illicite », pourvu que les juges aient une appréciation un tant soit peu différente de la situation économique de l'entreprise. C'est ce refus du jugement d'opportunité que l'Assemblé plénière de la Cour de cassation a clairement affirmé : lorsqu'un motif peut *sérieusement* justifier plusieurs réorganisations d'entreprise, l'employeur peut choisir celle qui lui semble la plus opportune, même si celle-ci conduit à un nombre de licenciements plus important (Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT**).

570 Sans être contrôle de l'opportunité, la recherche du sérieux de la cause est tout de même un contrôle très approfondi. Il s'agit d'un contrôle de justification qui comprend un contrôle de nécessité (A) et même un contrôle limité de proportionnalité (B).

A. Nécessité de la mesure qui cause les licenciements

■ 571 Les licenciements économiques sont décidés dans un but : ils sont destinés à permettre une décision de gestion, une décision économique de l'employeur. Il peut s'agir d'une réorganisation des unités productives, de la fermeture de certaines unités non rentable, d'une volonté de réduire la masse salariale jugée trop importante, etc.

■ 572 Pour être légitime, la mesure projetée doit être « nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité » (v. Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT, préc.* ; Soc. 5 octobre 1999*, comp. Soc. 5 avril 1995, deux arrêts, *Thomson Tubes**, lesquels parlent déjà de « compétitivité sauvegardée » mais pas encore de « nécessité »). Une telle exigence est posée pour tout type de réorganisation de l'entreprise (en ce sens Soc. 5 octobre 1999*, *préc.*). Il peut s'agir d'un événement lourd, comme une délocalisation (Soc. 5 avril 1995, *Thomson Tubes*, *préc.*) ou la fermeture d'un établissement (Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT, préc.* ; Soc. 9 mars 2004*). Mais il peut aussi s'agir d'une réorganisation beaucoup plus légère, comme le remplacement dans une clinique des veilleurs de nuits par des aides soignants (Soc. 9 mars 1999, *RJS* 1999, n° 517). Dans tous ces cas, l'employeur devra prouver que la mesure est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Il est important de noter qu'une mesure peut être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité sans être la seule mesure qui pourrait sauvegarder cette compétitivité. Il suffit qu'une mesure soit nécessaire, il n'est pas exigé qu'elle soit la seule nécessaire, ni même qu'elle soit la moins coûteuse en licenciements parmi les mesures nécessaires possibles (Soc. 8 décembre 2000, *SAT, préc.*). La nécessité semble ainsi s'édulcorer légèrement.

L'exigence d'une « sauvegarde », qui laisse à penser qu'une menace très sérieuse pèse sur l'existence de cette compétitivité, a elle aussi été légèrement adoucie.

Le mouvement a été initié par les arrêts « Pages jaunes » (Soc. 11 janvier 2006 ; *Bull. civ.* V, n° 10 ; *D.* 2006. Jur. 1013, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2006. 138-143, observations J. E. Ray). Ces arrêts reconnaissent l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement économique dans une espèce où l'employeur était une entreprise florissante, aux marges bénéficiaires considérables. Surtout, la « sauvegarde » de la compétitivité a été ici reconnue pour une entreprise qui était non seulement compétitive sur son marché, mais était même en position dominante. Son quasi-monopole était menacé, non sa compétitivité. Enfin, la Cour mentionnait dans sa motivation le fait que les licenciements étaient intervenus « pour prévenir des difficultés économiques à venir ». L'admission sans réserve d'un tel argument, validant les licenciements préventifs, a pu inquiéter et laisser à penser que le contrôle du sérieux des licenciements était en passe de devenir de pure forme. Il n'est guère d'entreprise, en effet, qui ne puisse présenter une inquiétude pour l'avenir, lequel comme chacun sait, est toujours incertain.

La crainte légitime suscitée par ces arrêts s'est cependant révélée pour l'essentiel infondée. La Cour est vite revenue à plus d'orthodoxie et a réaffirmé qu'une cause sérieuse suppose une menace avérée, objective, prouvée, pesant sur la compétitivité de l'employeur (v. not. Soc. 7 juin 2006, pourvoi n° 04-40945 et Soc. 4 juillet 2006, n° 04-46261, *RDT* 2006. 241, obs. P. Waquet).

Il demeure que, depuis les arrêts « Pages jaunes » du 11 janvier 2006, les argumentations qui se fondent sur la nécessité d'agir préventivement, ou mieux encore qui invoquent la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, semblent permettre relativement facilement la preuve de menaces sur la compétitivité. La recherche d'une

Black plaque (419,1)

sauvegarde de la compétitivité, matinée de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, semble ainsi devenue plus que jamais la voie d'une possible justification des licenciements économiques décidés par des entreprises en excellente santé économique (v. not. Soc. 21 novembre 2006, *Dunlop*, pourvoi n° 05-40656, *Bull. civ.* V, n° 349 ; *Dr. soc.* 2007. 114-117, obs. G. Couturier ; *RDT* 2007. 105-106, obs. A. Lyon-Caen).

Cet usage de l'idée de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences est pour le moins paradoxal : ce qui avait pour objet d'éviter des licenciements futurs est devenu la voie royale d'une justification des licenciements présents.

573 Lorsque le licenciement est fondé sur des difficultés économiques, la terminologie utilisée reste curieusement la même. Alors que les difficultés économiques sont en elles-mêmes des motifs qui peuvent suffire à caractériser le sérieux de la cause, il est le plus souvent fait référence, au surplus, à la « nécessaire sauvegarde de la compétitivité » (v. par ex. Soc. 26 janvier 2005, *RJS* 2005, n° 361). Il s'agit pourtant, plus exactement, de la sauvegarde de l'entreprise.

Juger de l'importance des difficultés économiques suppose une analyse de la situation de l'entreprise dans son ensemble et non de telle ou telle partie de l'entreprise, de tel ou tel magasin par exemple (Soc. 17 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 403). Elle doit même dépasser les frontières de la personne morale et être appréciée au niveau de l'ensemble du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise (Soc. 23 mars 2005, *RJS* 2005, n° 614).

574 Seule la décision de fermeture de l'entreprise dans son ensemble échappe à la recherche de nécessité. Cette fermeture doit simplement ne pas être due « à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable » (Soc. 16 janvier 2001*). Cette absence de contrôle de nécessité s'explique par la volonté de la Cour de cassation de préserver le droit de l'employeur de cesser son activité.

B. La proportionnalité des licenciements au but recherché

575 La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation semble avoir abandonné le contrôle de proportionnalité de la mesure qui est à l'origine des licenciements. Lorsque plusieurs réorganisations sont possibles pour atteindre le même but, l'employeur n'est pas tenu de choisir celle qui comporte le moins de licenciements (v. Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT**). La solution est peu convaincante. On comprend mal qu'un licenciement économique qui aurait parfaitement pu être évité soit pourvu d'une cause réelle et sérieuse.

En revanche, une fois la mesure qui est à l'origine des licenciement légitimée, les licenciements ne le sont pas forcément. À ce stade du raisonnement, la suppression de l'établissement, la réorganisation du service, la diminution de la masse salariale ne sont plus discutées dans leur principe : leur nécessité est considérée comme suffisamment démontrée. Ce sont les conséquences de ces mesures qui entrent dans le débat. L'employeur a des obligations générales d'adaptation, de formation (v. n° 537) et de reclassement (v. n°s 539-540) qui doivent être respectées. En clair, la mesure légitimée doit encore conduire légitimement aux licenciements. Ceci suppose qu'aucune autre voie ne soit ouverte, qu'il n'ait pas été possible de préparer les salariés aux nouvelles compétences requises par le changement de technologies, qu'il n'ait pas été possible de leur proposer un autre emploi.

Black plaque (420,1)

Biblio

Modification des contrats et procédure de licenciement

- Le débat sur la jurisprudence

- Annonce d'un possible abandon de la jurisprudence *Framatome-Majorette*, attribué à P. Sargos par la *Sem. Soc. Lamy* du 7 juillet 2003, n° 1130.
- Description des hésitations de la chambre sociale par G. Lyon-Caen, « Les pochettes surprises de la chambre sociale : l'arrêt *Aventis Pharma* », *Sem. Soc. Lamy* 2 février 2004, n° 1154.
- Réponse du président de la chambre sociale, P. Sargos dans le n° 1157 du 23 février 2004 de la *Sem. Soc. Lamy*.
- Article du *Canard enchaîné* du 3 mars 2004.
- Sur toute l'affaire et sur ce qu'elle révèle des sources réelles du droit : R. Encinas de Munagorri, *RTD civ.* 2004. 590 et s.

- Le débat sur la loi

- C. Radé, « Feu la jurisprudence *Framatome* et *Majorette* », *Dr. soc*. 2005. 386.
- Y. Chagny, « La jurisprudence *Framatome-Majorette* : les derniers feus ? », *Dr. soc*. 2005. 556.
- I. Meyrat, « Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique », *Dr. ouvrier* 2005. 296.

Sur la nullité des licenciements en cas de plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant

- J. Pélissier, « Le contrôle des plans sociaux », *RJS* 1994. 563 et s.
- J. Pélissier, « La nullité du plan social (après l'arrêt *La Samaritaine*) », *Sem. Soc. Lamy* déc. 1997.
- G. Couturier, « Plan social et mesures de reclassement », *Dr. soc*. 1993. 219 et s., note sous Soc. 13 février 1997, *La Samaritaine*, *Dr. soc*. 1997. 249.
- M. Bonnechère, « Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés (à propos des arrêts *AlcatelCable France* de la cour d'appel de Versailles et d'un projet de loi) », *Dr. ouvrier* 2004. 493.

Sur la loi du 18 janvier 2005

- Voir et comparer deux numéros spéciaux consacrés à la réforme : *Droit social* avril 2005 et *Droit ouvrier* juillet-août 2005.

Sur GPEC et PSE

- « Obligations en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et licenciement pour motif économique », Controverse entre G. Bélier et P. Masanovic, *RDT* 2007. 284-289.

Black plaque (421,1)

Documents

Notion de licenciement pour motif économique

Soc. 3 avril 2002, *RJS* 2002, n° 697, pourvoi n° 00-42583

« … pour décider que le licenciement de Mme Mateo avait une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel retient, d'une part, que le motif économique allégué en premier lieu dans la lettre de licenciement n'est pas établi puis, d'autre part, s'agissant du motif personnel invoqué en second lieu par l'employeur, qu'il repose sur un comportement de la salariée et des faits dont la preuve est rapportée ;

Attendu, cependant, qu'*en cas de coexistence d'un motif économique et d'un motif personnel à l'appui d'un licenciement, il appartient au juge de rechercher celui qui a été la cause première et déterminante* du licenciement et d'apprécier le bien-fondé du licenciement au regard de cette seule cause ».

Soc. 23 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 242

« … l'employeur, à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement *des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'ils procèdent de faits distincts* ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir écarté le motif de la lettre de licenciement fondé sur des fautes graves de la salariée, s'est prononcée sur celui tiré de l'inaptitude physique de cette dernière ; que le moyen n'est pas fondé ».

Cause qualificative et cause justificative

Soc. 13 avril 1999, *SGS Qualitest*, *Bull. civ.* V, n° 171

« … le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement n'enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique ; que la cour d'appel a dès lors décidé à bon droit que l'employeur était tenu de la priorité de réembauchage ».

Modification des contrats de travail

Soc. 3 décembre 1996, *Framatome*, *Bull. civ.* V, n° 411 ; *RJS* 1997, n° 24, concl. P. Lyon-Caen p. 12 et 13 ; *JCP* E 1997. II. 916, note J. Barthélemy ; *Dr. soc.* 1997. 23, rapp. P. Waquet p. 18

« … la restructuration décidée par la société Framatome conduisait à proposer à 24 salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ;

D'où il suit qu'en décidant que l'employeur était tenu d'établir et de mettre en œuvre un plan social, la cour d'appel a exactement appliqué les dispositions des articles L. 321-1-2, L. 321-1-3, L. 321-2, L. 321-4 et L. 321-4-1 du Code du travail ».

Black plaque (422,1)

Voir aussi, l'arrêt *Majorette*, du même jour, publié aux mêmes références, qui casse un arrêt d'appel ayant refusé, dans une hypothèse similaire, la mise en place d'un plan social en ces termes :

« Qu'en statuant, comme elle l'a fait, alors qu'elle a constaté que la réorganisation décidée par la société Majorette conduisait à proposer à 14 salariés la modification d'un élément essentiel de leurs contrats de travail et, par conséquent, à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés… ».

Article L. 321-1-3 (issu de la loi du 18 janvier 2005) (L. 1233-25 recod.)

« Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique ».

Ordre des licenciements

Soc. 14 janvier 1997, *Belkacem*, *Bull. civ.* V, n° 16 ; *Grands arrêts*, n° 107

« Mais attendu, d'abord, que si, en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, l'employeur définit, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, il doit retenir, sans que cette liste soit limitative, la totalité des critères légaux et ne peut privilégier l'un d'entre eux qu'à la condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères ; que, dès lors, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'employeur ne pouvait pas retenir le seul critère tiré de la productivité des salariés sans prendre en compte les autres critères légaux ;

Et attendu, ensuite, qu'il appartient à l'employeur de communiquer au juge, en cas de contestation, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix ; que la cour d'appel, qui a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'employeur n'apportait aucun fait précis et objectif expliquant son choix, a légalement justifié sa décision ;

(…) l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements pour motif économique prévues à l'article L. 321-1-1 du Code du travail n'est pas soumise aux sanctions énoncées à l'article L. 122-14-4 du Code du travail ; qu'elle constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celui-ci un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue, par les juges du fond ».

Obligation de reclassement

Soc. 21 juin 2006, 03-43517, *RDT* 2006. 243, obs. P. Waquet

« … par de tels motifs, qui imposent à l'employeur débiteur de l'obligation de reclassement, à une date antérieure à l'apparition de la cause de licenciement, un devoir de prévision à long terme qui ne résulte d'aucune disposition légale, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

Black plaque (423,1)

Plan de sauvegarde de l'emploi

Soc. 17 mai 1995, *Everite*, *Bull. civ.* V, n° 159 ; *Dr. soc.* 1995. 574, concl. P. Lyon-Caen ; *D.* 1995. 436, note G. Couturier, *JCP* E 1996. I. 710, note Y. Saint Jours

« … "le plan social" doit comporter des mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et éviter ainsi des licenciements ou en limiter le nombre (…) »

« … "le plan social", en ce qui concerne le reclassement interne des salariés, ne comportait aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient leur être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ».

L'employeur n'avait donc pas rempli ses obligations légales…

Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 131

« … l'employeur doit mettre en œuvre toutes les mesures possibles, appréciées en fonction des moyens dont dispose l'entreprise, pour maintenir les emplois ou faciliter le reclassement… »

« Attendu que, pour débouter le comité d'entreprise de son action en nullité, l'arrêt infirmatif attaqué énonce que la loi, lorsqu'elle cite à titre d'exemple les mesures à prendre dans le plan social, n'impose pas à l'employeur de les prendre toutes dès lors qu'une seule par son efficacité, est de nature à assurer le maintien de l'emploi ; que précisément ; le plan social, qui proposait 30 postes de reclassement aux 14 salariés concernés avec le bénéfice d'une aide financière, répond aux exigences légales ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en dehors de reclassements impliquant pour des salariés anciens un déplacement dans une autre région et se traduisant par une modification du contrat de travail, l'employeur ne pouvait pas prendre, comme le soutenait le comité d'entreprise, d'autres mesures telles que réduction de la durée du travail, passage au temps partiel et développement d'activités nouvelles, la cour d'appel, qui a méconnu les exigences s'imposant à l'employeur, a violé les textes susvisés ».

Nullité du licenciement économique

Soc. 13 février 1997, *Samaritaine*, *Grands arrêts*, n° 105 ; *Bull. civ.* V, n° 64 ; *D.* 1997. Jur. 172, note A. Lyon-Caen ; *RJS* 1997, n° 269, chron. P.-H. Antonmattéi ; *Dr. soc.* 1997. 255, concl. P. de Caigny, p. 249 et note de G. Couturier, p. 256 et s.

« Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés ; qu'il en résulte que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 susmentionné, sont eux-mêmes nuls ».

Black plaque (424,1)

Soc. 14 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 5 ; *Dr. soc.* 2003. 244, obs. L. Milet

« … la nullité est également encourue lorsque, le comité d'entreprise n'ayant pas été valablement saisi, l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure à un moment où elle pouvait encore être suspendue et reprise et que l'employeur a néanmoins notifié les licenciements ;

Et attendu que la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas discuté que le juge avait été saisi avant la notification des licenciements de l'irrégularité de la consultation du comité central d'entreprise tirée de l'absence d'ordre du jour valablement arrêté, a décidé à bon droit que la procédure de licenciement collectif pour motif économique poursuivie par l'employeur malgré cette irrégularité était nulle et de nul effet ».

La cause réelle et sérieuse du licenciement économique

Soc. 5 avril 1995, deux arrêts, *Thomson Tubes* (ex *Vidéocolor*) et *TRW REPA*, *Bull. civ.* V, n° 123 ; *Grands arrêts*, n° 109 ; *Dr. soc.* 1995. 487, chron. G. Lyon-Caen, p. 489 et s., commentaire Ph. Waquet, p. 482 et s. ; *D.* 1995. 503, note M. Keller

« … les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée ; que lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est *effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ; qu'enfin, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à *l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* ».

Soc. 10 juillet 1999, *Bull. civ.* V, n° 327

« … ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre de 1992 à 1993, ni la baisse des bénéfices réalisés pendant la même période ne suffisaient à caractériser la réalité des difficultés économiques alléguées ».

Soc. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 366

« … la cour d'appel qui a exactement énoncé qu'une réorganisation ne peut être une cause économique de licenciement que si elle est *nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité* de l'entreprise et qui a constaté qu'aucun élément ne lui était produit pour justifier de cette nécessité a (…) pu décider que le licenciement du salarié était dépourvu de cause économique ».

Soc. 16 janvier 2001, *Bull. civ.* V, n° 10

« … l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L. 321-1 du Code du travail n'est pas limitative, la cour d'appel a retenu à bon droit que *la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable*, constituait un motif économique de licenciement ».

Black plaque (425,1)

Ass. plén. 8 décembre 2000, *SAT*, *Grands arrêts*, n° 110 ; *Bull. Ass. plén.* n° 11 ; *D.* 2001. 1125, note J. Pélissier ; *Dr. soc.* 2001. 126, concl. P. de Caigny et note A. Cristau, et p. 417 note A. Jeammaud et M. Le Friant ; *RJS* 2001. 95, note P.-H. Antonmattéi et p. 567 chron. Ph. Waquet ; *JCP* E 2001. 426, note F. Duquesnes

« … le comité d'entreprise a désigné un expert-comptable qui, dans son rapport, a indiqué que l'entreprise avait envisagé initialement trois hypothèses : 1° le maintien de la situation existante avec des réductions d'effectifs (86 licenciements) ; 2° le maintien du site de Riom mais avec spécialisation sur certains produits (213 licenciements) ; 3° la suppression du site de Riom et le regroupement des activités à Montereau (318 licenciements) ; que l'expert a conclu que seule la dernière hypothèse permettait à l'entreprise d'atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés…

Attendu que pour décider que les licenciements étaient dépourvus de cause économique réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que la pérennité de l'entreprise et le maintien de sa compétitivité étant assurés dans les trois hypothèses envisagées de réorganisation, l'entreprise en choisissant la solution du regroupement d'activités à Montereau et de la fermeture du site de Riom n'a pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ;

Attendu, cependant, que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est *nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité* de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors, d'une part, qu'elle reconnaissait que *cette condition était remplie dans les trois hypothèses* de réorganisation envisagées initialement par l'employeur, alors, d'autre part, *qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles,* la cour d'appel a violé les textes susvisés… ».

Soc. 9 mars 2004, *RJS* 2004, n° 667

« … la cour d'appel qui a fait ressortir que la fermeture de l'établissement n'était pas justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, a pu décider que le licenciement ne reposait pas sur une cause économique ».

TITRE 7

Les salariés coalisés

576

Face à la domination économique et au pouvoir juridique qu'exerce l'employeur, les salariés se sont regroupés pour faire contrepoids. Ces regroupements furent tout d'abord tous prohibés et réprimés, quelle que soit leur forme, sous la qualification de « coalition » (loi le Chapelier du 14 juin 1791). L'abolition de la répression pénale des coalitions en 1864, la reconnaissance des syndicats en 1884, puis la reconnaissance du droit de grève en 1946, les ont fait sortir de la clandestinité.

Historiquement, les actions collectives et notamment la grève (chapitre 20) furent les premières raisons d'être des syndicats (chapitre 21).

Black plaque (429,1)

chapitre 20

La grève

Black plaque (430,1)

Plan analytique

section 1

Définition

§ 1 Un arrêt total du travail

§ 2 Un mouvement collectif et concerté

§ 3 Absence de contrôle du caractère raisonnable des revendications

§ 4 Disqualification des grèves d'autosatisfaction

§ 5 Prohibition des grèves de solidarité interne

§ 6 Les grèves dirigées contre des tiers au contrat de travail

A. Grève de solidarité externe

B. Grève générale et grève politique

section 2

Modalités de la grève

§ 1 Déclenchement de la grève : validité des grèves surprise

§ 2 L'organisation des arrêts de travail

section 3

Effets de la grève

§ 1 Suspension du salaire

A. Proportionnalité de la perte de salaire à la durée de l'arrêt de travail

B. L'exceptionnel paiement des heures de grève

§ 2 Suspension du pouvoir disciplinaire, sauf faute lourde

A. Notion de faute lourde

B. Étendue du pouvoir disciplinaire en cas de faute lourde

section 4

Les ripostes patronales

§ 1 Le remplacement des grévistes

§ 2 Actions en responsabilité délictuelle

§ 3 Prohibition du *lock-out*

20

La grève

La grève est un acte de désobéissance, une violation par le salarié de son obligation contractuelle principale, se soumettre aux directives de l'employeur. Et cette violation est volontaire, pire, elle est faite dans l'intention de nuire. Si la grève n'était pas un droit constitutionnellement reconnu, il s'agirait à n'en pas douter d'une faute intentionnelle ou lourde, d'une atteinte on ne peut plus caractérisée au système juridique. 577

Rien d'étonnant à cela. La grève est bien un droit de sortir des cadres établis, un droit à la résistance, à la révolte. Après l'avoir combattue, le système juridique l'a tolérée, puis il l'a consacrée au sommet de la hiérarchie des normes (al. 7 du préambule de 1946 repris par la Constitution de 1958). La grève demeure une violation des règles habituelles. Mais cette violation est l'exercice d'un droit fondamental.

Cette reconnaissance juridique, cette protection accordée à la révolte s'explique, mieux elle s'impose. La grève demeure, au moins au stade de la menace, le principal moyen de pression que détiennent les travailleurs sur leur employeur. Elle est donc, par ses potentialités, l'appui de toute revendication, le soutien nécessaire du syndicalisme et de la négociation collective. Elle est l'une des principales sources réelles du droit du travail. Elle est un droit nécessaire pour contrebalancer les excès du pouvoir. Elle est en un mot un droit essentiel sans lequel il n'est pas de démocratie véritable.

Sa reconnaissance a pourtant été relativement longue à être admise. L'évolution a été progressive. La répression pénale des grèves est de principe jusqu'à l'abrogation du délit de coalition par la loi du 25 mai 1864. Après cette date, la grève reste considérée comme une violation du contrat de travail par les salariés, comme une faute contractuelle civile, emportant la rupture du contrat et, corrélativement, la perte de son emploi par le salarié gréviste. La grève ne devient un véritable droit, une prérogative reconnue et protégée par le système juridique, que tardivement, en 1946. Et il faut attendre encore la loi du 11 février 1950 pour que le législateur en tire toutes les conséquences en organisant un régime juridique de protection des salariés grévistes. Dans l'ordre international, le droit de grève est prévu par le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels de 1966 (art. 8 d), par la Charte sociale européenne révisée en 1996 (art. 7.4) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de décembre 2000 (art. 28). 578

Black plaque (432,1)

section 1

Définition

579 La grève est la violation délibérée des obligations principales du contrat de travail, dans l'intention de nuire. Quoiqu'elle soit reconnue comme l'exercice d'un droit fondamental, elle répond aussi à la définition habituelle de la faute lourde en droit du travail, soit encore au point le plus élevé dans la hiérarchie des fautes de cette matière (v. n° 474).

580 La qualification de « grève » semble alors cruciale. Deux comportements très similaires situés de part et d'autre de la frontière de la notion de « grève », peuvent avoir des traitements juridiques radicalement opposés. L'un, qualifié d' « exercice du droit de grève », bénéficie d'une protection étendue comportant notamment la prohibition de toute sanction et la nullité du licenciement (v. n°s 633-637). L'autre, qui n'est pas juridiquement une grève mais qui lui ressemble, peut être qualifié de « faute lourde », et justifier un licenciement sans aucune indemnité, pas même de congés payés, voire même fonder une demande d'indemnisation formée par l'employeur (v. n° 474).

581 Le droit applicable à ces deux actes situés de part et d'autre de la frontière que dessine la notion de « grève » est trop radicalement différent. Radicalité qui est d'autant plus contestable que la qualification de « grève », au sens juridique du terme, est parfois difficile et qu'il s'en faut parfois de peu pour que l'on bascule d'un côté ou de l'autre.

L'enjeu de la qualification de « grève » devrait être plus léger. À proximité d'un comportement qui est non seulement licite mais protégé, on devrait trouver des actes légèrement fautifs, puis des actes qui deviendraient de plus en plus gravement fautif au fur et à mesure de leur éloignement de la licéité ; les fautes lourdes étant réservées à des actes qui n'ont plus guère de rapport avec l'exercice du droit de grève. La participation à une action revendicative qui n'est pas une « grève », au sens du droit, mais qui en est assez proche, ne devrait pas, dès lors, pouvoir être qualifiée de « faute lourde ».

Cette idée, qui permettrait d'adoucir la violente rupture que provoque le passage de la frontière juridique de la « grève », ne semble pas avoir les faveurs de la jurisprudence (v. not. Soc. 16 novembre 1993, *Bull. civ.* V, n° 268 ; *Dr. soc.* 1994. 35, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray). L'enjeu de la qualification de « grève » reste fort, excessivement fort.

582 La grève est définie par la jurisprudence comme un *arrêt* de travail, *collectif et concerté*, à l'appui de *revendications professionnelles* (v. not. Soc. 18 janvier 1995, *Publicom** ; Soc. 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 243 ; *D.* 1998. Somm. 258, obs. A. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n° 189 ; Soc. 12 décembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 414 ; Soc. 15 février 2006*).

583 Le premier élément de définition, l'*arrêt* de travail, exclut du champ de la protection du droit de grève de nombreux mouvements revendicatifs pourtant qualifiés de

Black plaque (433,1)

« grève » dans le langage commun, comme la grève perlée (§ 1). Le deuxième, le caractère collectif et concerté, suppose quelques aménagements en fonction du contexte de la grève (§ 2).

Le troisième élément de définition, l'exigence de « revendications professionnelles », est entendu avec souplesse. Sont « professionnels » les différents contextes du statut du travailleur. Ce qui inclut notamment les rapports individuels et collectifs de travail (v. par ex. Soc. 17 décembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 317 ; Soc. 18 janvier 1995, *Bull. civ.* V, n° 27 ; Soc. 30 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 140), mais aussi les garanties sociales accordées aux travailleurs ou anciens travailleurs, en matière de retraite, de chômage, d'assurances sociales ou d'allocations familiales (v. par ex. Soc. 15 février 2006*). De plus, la jurisprudence interdit tout contrôle du caractère déraisonnable des revendications (§ 3). Le champ des revendications autorisées apparaît ainsi assez large.

Cependant, l'exigence de revendications professionnelles sert pour exclure certains mouvements revendicatifs de la protection du droit de grève. La jurisprudence exclut sur cette base les grèves d'autosatisfaction (§ 4) et les grèves dites « de solidarité interne » (§ 5). La nature des revendications des grévistes est encore en discussion lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement les mouvements dirigés contre des tiers au contrat de travail, dans le cas des grèves dites de « solidarité externe », des grèves politiques et des grèves générales (§ 6).

Ces différentes restrictions tirées de l'exigence de revendications professionnelles sont toutefois interprétées assez restrictivement par la jurisprudence. Elles n'en conservent pas moins un certain impact.

584 On l'aura ainsi compris dès l'abord. La notion de « grève » est en droit nettement plus restrictive que ce que le langage commun pourrait laisser penser. Il faudra par conséquent se méfier : les mouvements revendicatifs désignés sous le nom « grève », y compris au sein de certains arrêts de la Cour de cassation, ne sont pas tous des « grèves » au sens du droit. Ainsi, les « grèves d'autosatisfaction », « grèves politiques », « grèves perlées », « grèves du zèle », ou encore les « grèves de solidarité interne » ne sont pas juridiquement des « grèves »...

Pareille distorsion entre le sens commun et le sens juridique fragilise la construction jurisprudentielle. Il serait préférable de réconcilier sens juridique et sens commun et d'admettre une définition bien plus large de la grève. Il suffirait alors de considérer comme un exercice abusif du droit de grève, comme une grève illicite, ce qui aujourd'hui est disqualifié et considéré comme une simple violation des obligations contractuelles.

§ 1 Un arrêt total du travail

585 Toute nuisance volontaire faite collectivement afin d'appuyer des revendications professionnelles n'est pas une grève. La grève n'intègre pas tous les mouvements de désobéissance. Elle n'est qu'un type de désobéissance : l'arrêt de travail. De nombreux mouvements revendicatifs protestataires sont ainsi exclus de la qualification de « grève ». Ainsi, par exemple, le refus pour un médecin de payer des cotisations ordinales pour protester contre les prises de position du conseil de l'Ordre n'est pas une grève, faute d'être un arrêt de travail (Civ. 1re, 15 janvier 1991, *Bull. civ.* I, n° 19).

Black plaque (434,1)

586 L'arrêt de travail doit de plus être total. Une exécution défectueuse, ralentie ou partielle du travail est donc disqualifiée par la jurisprudence : de tels mouvements ne sont que de mauvaises exécutions du travail. La solution est issue d'une jurisprudence ancienne et constante (v. not. Soc. 5 mars 1953, *Dunlop* c. *Plisson*, *Bull. civ.* IV, n° 185 ; *Dr. soc.* 1953. 226 ; *Grands arrêts*, n° 179 ; Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 360 ; Soc. 16 mars 1994, *Bull. civ.* V, n° 92). Cette solution conduit à considérer les salariés qui participent à de tels mouvements revendicatifs comme coupables de fautes disciplinaires, soit que leur travail soit volontairement défectueux (Soc. 5 mars 1953, *préc.*), soit qu'ils refusent l'exécution de certaines tâches tout en exécutant les autres (ex. des contrôleurs de la SNCF qui refusent de contrôler les billets mais assurent leurs autres tâches et permettent ainsi aux trains de circuler, Soc. 16 mars 1994, *Bull. civ.* V, n° 92).

587 À partir de l'exigence d'un arrêt total de travail, la Cour de cassation a encore considéré comme illicite une grève des périodes d'astreinte (Soc. 2 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 52). L'argumentation de la Cour consiste à dire qu'il s'agit de la violation d'une seule des obligations du contrat, alors que l'arrêt total exige la suspension totale de toutes les obligations principales du contrat. Cette argumentation cependant ne convainc pas. Pendant les périodes d'astreintes les salariés arrêtent bien *tout* travail. Et l'absence totale de travail exclut qu'on puisse leur reprocher une exécution défectueuse.

588 Plus fondamentalement, il faut se demander dans quelle mesure la définition de la grève comme un arrêt total de travail est toujours opportune. Dans une entreprise entièrement mécanisée, la production ne dépend plus du travail humain, celui-ci étant essentiellement consacré à des opérations de contrôle ou de sécurité. La cessation du travail n'est plus alors en elle-même une cessation de la production. Les salariés pourront alors être tentés, pour faire pression, d'arrêter la production, sans pour autant forcément pouvoir arrêter le travail, si les tâches qui leur incombent, sont essentiellement des tâches de sécurité. Interdire à ce type d'action d'être qualifié de « grève » pourrait interdire aux salariés qui travaillent dans ce type de contexte d'exercer efficacement une quelconque action revendicative.

Un raisonnement similaire a permis à la Cour de cassation de valider la grève d'un salarié isolé, même si cette grève n'est pas à proprement parler collective (v. n° 592). Il pourrait ici trouver un nouveau champ d'application : l'interprétation jurisprudentielle de la notion de « grève » ne doit pas exclure du droit de grève certaines catégories de salariés. Ainsi, dans certains cas, le droit d'exercer une action revendicative efficace pourrait emporter celui d'arrêter la production, y compris lorsque celle-ci ne dépend pas du travail humain.

589 Cette solution ne semble pas, pour l'instant, avoir les faveurs de la jurisprudence. On en tiendra pour preuve la prohibition faite aux salariés d'EDF de procéder à des coupures de courant au cours de leurs mouvements revendicatifs (Soc. 26 janvier 2000, *Bull. civ.* V, n° 38 ; *Dr. soc.* 2000. 451, obs. A. Cristau).

§ 2 Un mouvement collectif et concerté

590 Si la grève est un mouvement collectif, c'est d'abord pour de simples raisons de rapport de force : la désobéissance d'un seul est généralement totalement dépourvue

Black plaque (435,1)

de chance de succès. C'est en regroupant leurs capacités individuelles de nuisance que les salariés peuvent espérer faire efficacement pression sur l'employeur. La grève est donc, en pratique, un mouvement collectif.

De cette pratique, la jurisprudence a fait une règle. On a là un exemple du passage de l'habitude, à une certaine idée de normalité, puis à l'imposition d'une norme impérative. Ce type de glissement, fréquent en droit, s'explique bien mieux par la psychologie que par la logique. La solution peut toutefois être justifiée par la crainte des débordements individuels et des possibles détournements qu'un droit de grève exercé librement par chaque individu pourrait occasionner.

591 L'exigence jurisprudentielle d'un mouvement collectif ne signifie pas que la grève doive être majoritaire. En droit français, les grèves minoritaires sont licites (Soc. 3 octobre 1963 *Bull. civ.* IV, n° 645 ; *D.* 1964. 3, note G. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n° 182). Mais un collectif, même petit, est exigé. Et la désobéissance individuelle, fut-elle faite pour appuyer des revendications professionnelles, n'est pas considérée comme une grève. La solution est traditionnelle et de jurisprudence constante (v. par ex. Soc. 29 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 111).

592 Cette solution ne saurait pour autant priver les salariés isolés du droit de grève. La Cour de cassation a ainsi reconnu une exception à sa jurisprudence : la grève d'un seul est possible quand ce salarié est le seul salarié de l'entreprise et qu'il est donc le seul à même de défendre ses revendications professionnelles (Soc. 13 novembre 1996*, cas d'un ouvrier agricole seul salarié d'une exploitation).

Le raisonnement est important. Il faut se garder de tout dogmatisme et se rappeler que la définition du droit de grève doit toujours céder lorsque son application conduirait à priver certains salariés de tout droit de grève pour la défense de leurs intérêts professionnels.

593 Une fois posée l'exigence d'un collectif, l'exigence d'une concertation apparaît largement redondante. On conçoit mal, en pratique, qu'un mouvement puisse être collectif sans un minimum de concertation préalable entre les participants à ce mouvement : la simultanéité des arrêts de travail ne semble pas pouvoir découler du simple hasard. L'exigence de concertation prend surtout sens *a contrario* : une simple concertation suffit. La grève n'est donc subordonnée à aucune exigence de forme. En particulier, il n'est pas exigé de mot d'ordre syndical préalable : le droit de grève est un droit individuel (Soc. 21 juin 1967, *D.* 1967. 753 ; Soc. 19 février 1981, *D.* 1981. 417, note J.-R. Bonneau).

§ 3 Absence de contrôle du caractère raisonnable des revendications

594 Il n'appartient pas au juge de se prononcer sur le bien-fondé ou sur le mal fondé des revendications. Après un dérapage de l'Assemblé plénière de la Cour de cassation resté sans lendemain (Ass. plén. 4 juillet 1986, *Bull. Ass. plén.*, n° 11 ; *Dr. soc.* 1986. 745, concl. F. Bouyssic, note G. Lyon-Caen ; *D.* 1986. 477, concl. F. Bouyssic, note J.-E. Ray ; *JCP* 1986. II. 20694, note B. Teyssié), la chambre sociale l'a affirmé à plusieurs reprises, avec toute la force et la clarté requise : « le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à

Black plaque (436,1)

celle des grévistes sur la légitimité ou le bien-fondé de ces revendications » (Soc. 2 juin 1992, *Zaluski*, *Bull. civ.* V, n° 356 ; *Dr. soc.* 1992. 696, 1re esp., rapport Ph. Waquet, note J.-E. Ray ; *Grands arrêts*, n° 192 ; Soc. 19 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 281, *Dr. soc.* 1994. 958, note Ph. Waquet).

La solution est essentielle. Les revendications présentées au cours d'une grève sont très souvent au-delà de ce qui est acceptable pour une saine gestion de l'entreprise. Elles sont une première position, volontairement outrée, en vue d'aboutir à des négociations. Qui veut obtenir 4 % d'augmentation de salaire est tenté de revendiquer 8 %, pour conserver une marge de négociation. Or, une telle revendication peut facilement apparaître déraisonnable. Interdire les revendications déraisonnables, comme semblait le faire l'arrêt de l'Assemblé plénière de 1986 (*préc.*), aurait été prohiber la plupart des grèves...

La rapide et ferme correction opérée par la chambre sociale avec l'arrêt *Zaluski* (*préc.*) aura toutefois évité à cette situation inquiétante de perdurer. La jurisprudence est aujourd'hui fermement établie : les juges ne contrôlent pas le caractère raisonnable ou non des revendications présentées par les salariés grévistes.

§ 4 Disqualification des grèves d'autosatisfaction

■ 595 La disqualification des grèves dites « d'autosatisfaction » date de l'arrêt *Bardot* du 23 novembre 1978 (*Bull. civ.* V, n° 790 ; *D.* 1979. 304, note J.-C. Javillier et IR. 226, obs. J. Pélissier ; *Grands arrêts*, n° 183). Il s'agissait en l'occurrence de salariés qui avaient refusé de travailler le samedi matin, en revendiquant justement de ne pas travailler le samedi matin. L'idée est qu'il n'y a pas alors véritablement de « revendication ». Il n'est pas demandé à l'employeur de faire quelque chose : les salariés se servent eux-mêmes ; leur mouvement de grève leur donne directement satisfaction.

La solution a été confirmée a de nombreuses reprises, notamment à l'occasion de grèves des heures supplémentaires ayant pour revendication la suppression de ces heures supplémentaires (v. not. Soc. 7 novembre 1984, *Bull. civ.* V, n° 418 ; Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 361 ; Soc. 21 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 457 ; *D.* 1990. Somm. 167, obs. G. Borenfreund).

Cette solution est un signe du respect que les juges accordent au pouvoir de direction de l'employeur. Tenter d'influer sur l'exercice de ce pouvoir est licite. Mais empêcher l'exercice de ce pouvoir, en prenant en lieu et place de l'employeur une décision, est une atteinte illicite aux prérogatives patronales.

■ 596 La solution n'en est pas moins très discutable : les grèves ne sont jamais de pure autosatisfaction : elles visent à demander à l'employeur de renoncer à l'avenir, à une telle organisation du travail. De plus, il faut rappeler que le pouvoir reconnu à l'employeur d'ordonner unilatéralement et sans préavis l'exécution d'heures supplémentaires ou une nouvelle répartition du temps de travail est très critiquable (v. n° 311 et 312). Enfin, en pratique, la prohibition des grèves d'autosatisfaction ne semble pouvoir atteindre que les ignorants du droit.

■ 597 En effet, pour sauver leur mouvement de grève, il suffit aux salariés grévistes de présenter d'autres revendications. Il est ainsi possible de faire grève contre les heures supplémentaires pendant les heures supplémentaires, si ce mouvement s'accompagne de la revendication de nouvelles embauches et si cette revendication apparaît bien

Black plaque (437,1)

réelle aux juges (v. Soc. 12 avril 1995, *Bull. civ.* V, n° 129 ; rapp. Soc. 25 juin 1991, *Dr. soc.* 1992. 60, concl. J. Graziani) ou si les salariés exécutent une partie des heures supplémentaires contestées (Soc. 18 avril 1989, *Bull. civ.* V, n° 278). Les salariés qui connaissent le droit devraient ainsi pouvoir éviter relativement aisément la condamnation pour grève d'autosatisfaction. Seuls les salariés mal conseillés pourront, en pratique, être sanctionnés. Une telle solution, qui condamne sévèrement la commune ignorance du droit, semble peu opportune.

§ 5 Prohibition des grèves de solidarité interne

598 Les grèves de solidarité internes sont des grèves menées au sein d'une entreprise, pour s'opposer à une ou plusieurs décisions individuelles de l'employeur. Ces grèves sont dites « de solidarité interne », pour noter que les grévistes ne sont pas, pour la plupart, personnellement touchés par la décision de l'employeur : ils se mettent en grève au soutien de leurs collègues affectés.

599 La Cour de cassation disqualifie de tels mouvements (Soc. 30 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 405 ; Soc. 11 juillet 1989, *Sogarde*, *Bull. civ.* V, n° 569 ; *Dr. soc.* 1989. 717, note J. Déprez, *Grands arrêts*, n° 186 ; Soc. 16 novembre 1993, *Bull. civ.* V, n° 268 ; *Dr. soc.* 1994. 35, rapp. Ph. Waquet, note J.-E. Ray).

L'idée est la suivante : les revendications s'opposent à des mesures individuelles, personnelles et non à des mesures collectives, générales. Or, pour la Cour, seules de telles mesures générales méritent pleinement la qualification de revendications « professionnelles » (v. soc. 18 mars 1982, *Bull. civ.* V, n° 182 ; *Dr. ouvrier* 1983. 118 ; *D.* 1983. IR. 169, obs. J. Pélissier, arrêt qui exige un « intérêt collectif professionnel ». V. aussi Soc. 30 mai 1989 (*préc.*) et Soc. 16 novembre 1993 (*préc.*), arrêts qui insistent sur le caractère « personnel » de la faute ayant justifié la sanction contestée.

600 Cette prohibition des grèves de solidarité interne trouve vite ses limites. La jurisprudence reconnaît en effet facilement que, derrière les motifs individuels, existent des motifs indirects et implicites, qui sont eux collectifs et professionnels. Tel sera le cas lorsque la grève de solidarité s'est déclenchée pour protester contre une sanction pour une faute commise au soutien de revendications professionnelles : la Cour reconnaît qu'en défendant les sanctionnés, les grévistes soutiennent aussi, implicitement, les revendications dont ils étaient porteurs (v. not. Soc. 27 novembre 1985, *Dr. soc.* 1988. 143, 2e esp., note J. Déprez ; *Bull. civ.* V, n° 559).

La grève est aussi sauvée, semble-t-il, lorsque la sanction contre laquelle la grève est déclenchée est manifestement illicite (v. Soc. 18 mars 1982, *Cora*, *préc.*) : la grève a alors comme motif implicite la défense du droit, l'exigence d'un respect de la légalité par l'employeur, ce qui est un motif qui clairement intéresse tous les salariés.

La jurisprudence admet encore, et surtout, que lorsque la grève a pour finalité de protester contre le licenciement économique d'un ou plusieurs salariés, il existe une revendication collective indirecte, implicite : la défense de l'emploi (Soc. 27 février 1974, *Bull. civ.* V, n° 140 ; Soc. 22 novembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 307 ; *JCP* 1996. I. 3925, n° 20, note Teyssie ; *Dr. soc.* 1996. 204). Et, effectivement, si les salariés se mettent en grève dans ce type d'hypothèses, ce qui est relativement fréquent, ce n'est pas à la suite d'un réflexe purement altruiste. En défendant un salarié licencié pour motif

Black plaque (438,1)

économique, ils entendent rendre ces licenciements plus difficiles et défendre ainsi la solidité de leur emploi.

Finalement, la grève de solidarité interne n'est guère prohibée que lorsqu'elle est motivée par la sanction disciplinaire licite d'une faute strictement personnelle du salarié, indépendante de toute revendication collective (Soc. 30 mai 1989 et 16 novembre 1993, *préc.*).

■ 601 Pourtant, derrière le soutien d'un salarié sanctionné, il y a toujours, implicitement mais nécessairement, la revendication d'un pouvoir disciplinaire exercé d'une manière plus réservée, plus douce. Une telle revendication n'est ni moins présente, ni moins collective, ni moins professionnelle que la revendication d'une plus grande stabilité de l'emploi lors des grèves menées contre un licenciement économique.

Pourquoi, alors que le raisonnement est exactement le même, l'accepter ici et le refuser là ?

■ 602 Peut-être les juges ont-ils été un peu choqués par certaines grèves de solidarité menées contre des sanctions disciplinaires qui leur paraissaient pleinement justifiées : dans l'arrêt *Cora* du 18 mars 1982, précité, le salarié licencié au soutien duquel la grève avait été déclenchée, avait insulté des clients. Dans l'arrêt du 30 mai 1989 précité, le salarié soutenu avait été mis à pied trois jours « après projection d'un jet de peinture au pistolet sur un agent de maîtrise ». De telles sanctions apparaissaient pleinement justifiées. Et l'exigence d'un retrait de ces sanctions par les grévistes peut apparaître bien excessive.

Mais alors ce n'est plus le caractère professionnel ou non qui pose problème, mais le bien-fondé des revendications, leur caractère raisonnable. Or, depuis la jurisprudence *Zaluski* (v. n° 594), les juges ne doivent plus contrôler le caractère raisonnable ou non des revendications. De plus le dernier arrêt de prohibition des grèves de solidarité internes, du 16 novembre 1993 (*préc.*), protestait contre le licenciement d'un ancien membre du CHSCT dont le tort était d'avoir refusé de balayer un lieu qui n'était pas son lieu de travail, faute dont la gravité saute moins aux yeux que dans les deux espèces précédentes.

■ 603 On peut alors se demander si, derrière la prohibition des grèves de solidarité interne, il n'y a pas, plus simplement, une prohibition des grèves qui s'opposent au pouvoir disciplinaire de l'employeur, lesquelles seraient en principe illicites, alors que les grèves qui réclament une modification du contrat de travail ou un exercice différent du pouvoir de direction seraient elles licites. Il se pourrait que la prohibition résiduelle de certaines grèves de solidarité trouve ainsi sa source dans l'imaginaire de certains juges pour lesquels le contenu du contrat de travail et le pouvoir de direction seraient susceptibles d'être encadré, limité et pourraient dès lors subir la pression d'une grève, alors que le pouvoir disciplinaire serait lui d'essence discrétionnaire, insusceptible de subir des limitations, même par la voie d'une grève.

La prohibition des grèves de solidarité interne, laquelle est en réalité une prohibition des grèves menées contre le pouvoir disciplinaire, est peut-être ainsi le dernier résidu d'une conception révolue du pouvoir disciplinaire. Il est presque inutile de dire à quel point cette vision d'un pouvoir disciplinaire discrétionnaire est aujourd'hui dépassée, au moins depuis que la loi du 4 août 1982 en a fait un pouvoir étroitement contrôlé, justiciable notamment d'un contrôle de proportionnalité (L. 122-43 C. trav. ; L. 1333-2 recod. ; v. n° 121).

Black plaque (439,1)

§ 6 Les grèves dirigées contre des tiers au contrat de travail

La grève n'est pas un mouvement nécessairement dirigé contre l'employeur. Il existe des grèves dirigées contre des mesures générales, gouvernementales. Il existe encore des grèves dirigées contre d'autres employeurs, en soutien à d'autres salariés en lutte. 604

La licéité de ces grèves a toujours été considérée comme problématique. La difficulté s'agissant des premières est de distinguer les grèves politiques, en principe disqualifiées, des grèves générales dotées de motifs professionnels et qui sont par conséquent, licites (A). La question posée par les secondes revient à s'interroger sur la validité de la solidarité comme motif de la grève (B).

Un point peut cependant être d'ores et déjà posé. La grève peut parfaitement, de manière licite, s'adresser à des tiers aux contrats de travail. La grève peut avoir des motifs qui sortent des limites de l'entreprise. Il s'agit d'une jurisprudence ancienne et constante (v. not. Soc. 2 juin 1961, *Bull. civ.* IV, n° 598 ; Soc. 15 janvier 1964, *Bull. civ.* IV, n° 47 ; *D.* 1964. 397 ; Soc. 29 mai 1979, *Lhomme*, *Bull. civ.* V, n° 464 ; *D.* 1980. Somm. 23, obs. Ph. Langlois ; *Grands arrêts*, n° 184 ; Soc. 27 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 470) encore récemment confirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation, le 15 février 2006*, à propos de la grève nationale pour la défense des retraites. Les revendications alors formulées visaient un projet gouvernemental, clairement situé hors de la sphère de compétence de l'employeur, lequel était, en l'espèce, chocolatier confiseur de profession... La grève n'en était pas moins licite. 605

A. Grève de solidarité externe

Les grèves dites de « solidarité externe » sont des grèves dont le motif ne concerne pas directement les grévistes eux-mêmes et qui sont menées au soutien des revendications de salariés travaillant au sein d'autres entreprises. 606

On cite souvent en faveur de l'illicéité de ces grèves un arrêt ancien, du 4 mai 1966 (*Bull. civ.* IV, n° 411), dans l'espèce duquel une grève avait été déclenchée dans le secteur de l'automobile en soutien aux mineurs en grève. L'arrêt casse l'arrêt d'appel, avec un motif très ambigu, selon lequel il semble qu'il soit reproché à l'arrêt d'appel d'avoir admis l'illicéité du mouvement, et d'avoir prononcé, cependant, l'illicéité de la sanction (un avertissement), ce qui pouvait apparaître contradictoire. On peut à l'extrême rigueur lire dans l'arrêt une certaine réticence de la Cour de cassation vis-à-vis des grèves de solidarité externe. Mais rien de plus. Il n'y a certainement pas là de quoi fonder une prohibition jurisprudentielle de principe. 607

En sens inverse, on cite notamment l'arrêt de la chambre criminelle du 23 octobre 1969 (*D.* 1970. 128, note H. Sinay), qui semble reconnaître la validité d'une motivation de la grève par pure solidarité. Mais il s'agissait d'un mouvement national dont la licéité ne serait plus contestée aujourd'hui. Et un second arrêt a validé le même mouvement, au motif que les revendications nationales « étaient de nature à intéresser les salariés de l'entreprise » (Crim. 12 janvier 1971, *Bull. crim.*, n° 5 ; *Dr. soc.* 1971. 547, obs. J. Savatier), ce qui revient à lui ôter le caractère de grève de solidarité.

Black plaque (440,1)

Pour résumer, les décisions sur la question sont rares, anciennes, ambiguës, et légèrement contradictoires. On peut donc en déduire sans crainte qu'il n'existe pas de jurisprudence, au sens propre du mot, en la matière.

■ 608 Cette absence de jurisprudence ne laisse pas l'interprète démuni.

Il apparaît évident que la présence d'une motivation solidaire ne peut, en elle-même, disqualifier une grève. Si la grève est gagnée, les gains sont accordés à tous, grévistes comme non grévistes. Dès lors, l'*homo economicus*, pleinement rationnel, individualiste et égoïste, ne fait jamais grève. Il laisse les autres faire grève pour lui, et continue pour sa part à travailler et à gagner son salaire. Il y a nécessairement dans la grève quelque chose qui fait tenir le collectif. Ce quelque chose est un sentiment, une valeur. Et il a pour nom la « solidarité ».

■ 609 Au demeurant, cela ne signifie pas que les grèves soient des mouvements purement altruistes. Lorsque les salariés d'une branche professionnelle viennent soutenir les salariés d'une autre branche, l'idée d'une possible réciprocité est toujours présente. La grève de solidarité peut être perçue comme un don. Mais, pour rassurer les derniers défenseurs de cette répugnance que le droit civil ancestral avait à l'égard des intentions libérales, il suffit de noter que ce don-là n'est pas indépendant de l'espoir d'un contre-don.

■ 610 La solidarité, ni l'altruisme, toujours présents et toujours relatifs, ne peuvent dès lors disqualifier la grève. Dans la méfiance existante pour les grèves de solidarité externe, il n'y a en réalité que l'expression, encore une fois, d'une crainte : celle de l'extension des grèves. Si les salariés d'une entreprise peuvent cesser le travail au soutien des salariés d'une autre entreprise, ceux d'une branche au soutien d'une autre branche, la grève s'étend. Elle pourrait devenir nationale, opposer d'un coup tous les salariés à tous les patrons. Et l'on retrouve ici la crainte des grèves générales, déjà au fondement de la prohibition des grèves politiques. Mais ce n'est pas sur de vieilles peurs qu'on prépare de la bonne jurisprudence. Les grèves nationales sont aujourd'hui clairement licites (v. not. Soc. 15 février 2006*). Les grèves contre le CPE s'opposaient à un contrat réservé au moins de 26 ans. Et nul ne peut penser sérieusement que, sur ce motif, les grévistes de plus de 26 ans pourraient voir leur arrêt de travail condamné.

■ 611 En l'absence de jurisprudence, la validité des grèves nationales étant aujourd'hui clairement affirmée, plus rien ne permet en bonne logique de fonder une prohibition des grèves de solidarité « externe ». Jusqu'à preuve du contraire, celles-ci doivent donc être considérées comme licites, en droit positif.

B. Grève générale et grève politique

■ 612 La prohibition des grèves politiques est une solution ancienne (v. not. Cour sup. arb. 15 février 1939, *DH* 1939. 186 ; 15 mars 1939, *DH* 1939. 360 ; Soc. 4 mai 1956, *D.* 1956. 487), dont le fondement est aujourd'hui un peu oublié. Il faut se remémorer ce qu'était le syndicalisme révolutionnaire au début du XXe siècle. Alors largement majoritaire, il se donnait pour objectif principal non pas l'amélioration des conditions de travail ou du salaire, mais la disparition du salariat et du capitalisme. La chartes d'Amiens de 1906 le proclamait haut et fort : le syndicalisme « prépare l'émancipation intégrale qui ne peut se réaliser que par l'expropriation capitaliste ;

Black plaque (441,1)

il préconise comme moyen d'action la grève générale » (v. l'extrait de cette Charte reproduit dans les documents du chapitre 1). La révolution réalisée par voie de grève représentait alors un véritable espoir pour les uns et une véritable crainte pour les autres.

On comprend mieux, dans un tel contexte, la prohibition des grèves politiques. Les motifs de cette prohibition sont clairement exprimés par Pierre Laroque, alors commissaire du gouvernement à la Cour supérieure d'arbitrage, le 15 février 1939 : « la grève politique, même ne s'accompagnât-elle d'autres violences directes, s'apparente à l'émeute, à l'insurrection. C'est un acte révolutionnaire. Elle porte atteinte à l'ordre public, elle est par cela illicite ». Interdire la grève politique, c'était pour le système juridique de l'époque protéger son existence même. La grève soit, mais pas la révolution. Tel est le sens de la prohibition des grèves politiques.

Cette signification, un peu oubliée, a perdu de son actualité aujourd'hui. La perspective d'une grève générale révolutionnaire est devenue suffisamment peu crédible pour que, même dans l'irrationnel registre de la peur, elle ne soit plus invoquée. Perdant ainsi sa justification première, la prohibition des grèves politiques s'est peu à peu édulcorée.

613 La Cour de cassation considère aujourd'hui comme pleinement licites les grèves en faveur ou à l'encontre de choix politiques, pour peu que ces choix politiques aient des répercussions professionnelles. Ont ainsi été reconnues valides des grèves menées contre la politique économique du gouvernement (Crim. 23 octobre 1969, *Bull. crim.*, n° 267), contre le plan Barre (Soc. 29 mai 1979, *Lhomme*, *Bull. civ.*, V, n° 464 ; *D.* 1980. Somm. 23, obs. Ph. Langlois ; *Grands arrêts*, n° 184), ou encore contre les projets gouvernementaux en matière de retraite (Soc. 15 février 2006*). Toutes ces grèves, reconnues licites, étaient diligentées contre la politique suivie par des organes politiques élus ou désignés par des élus, mais dotés d'un impact sur la situation juridique ou sociale des travailleurs. Des revendications professionnelles étaient donc présentes, ce qui suffit à valider la grève.

614 Seule demeure donc la question des grèves exclusivement politiques. De telles grèves sont rares. On peut citer la grève contre l'exécution de Sacco et Vanzetti de 1927, la grève antifasciste du 12 février 1934, la grève contre l'occupation allemande d'août 1944, les grèves menées contre la présence française en Algérie ou pour s'opposer au putsch d'Alger de 1961. On pourrait imaginer, aujourd'hui, une grève de protestation contre l'implication des troupes françaises en Afghanistan, une grève contre les OGM, etc.

Il apparaît alors que même au sein des grèves purement politiques une distinction s'impose : certaines grèves purement politiques ont été validées. La grève d'août 1944 menée contre l'occupation a non seulement été jugée rétroactivement licite, mais la révocation pour faute grave d'un fonctionnaire qui avait refusé d'y participer a été validée par le Conseil d'État (CE 20 juin 1947, *Lebon*, p. 274). La grève lancée contre le putsch d'Alger d'avril 1961 a, elle aussi, été jugée parfaitement licite (Soc. 19 juin 1963, *D.* 1963. 686, note G. Lyon-Caen ; *JCP* 1963. II. 13428, note H. Sinay).

La jurisprudence semble dès lors prohiber les grèves politiques, mais à la double condition qu'elles soient dépourvues de toute revendication professionnelle et qu'elles s'opposent aux pouvoirs en place, ce qui semble difficile à défendre sur un plan strictement juridique.

Black plaque (442,1)

615 En résumé, la prohibition des grèves politiques semble toujours de droit positif. Mais cette prohibition n'a plus que des effets résiduels et contestables.

section 2

Modalités de la grève

616 Certains mouvements revendicatifs entrent pleinement dans la définition jurisprudentielle de la grève, mais n'en demeurent pas moins illicites. Cette fois, il ne s'agit pas de disqualifier le mouvement, mais de considérer que l'exercice du droit de grève a été abusif.

L'abus du droit de grève lié à ses modalités pratiques reste rare. La grève n'est soumise à aucune condition de forme préalable. Son déclenchement peut notamment, en principe, être inopiné (§ 1). De même, les salariés sont libres d'organiser leur mouvement comme ils l'entendent. Seules certaines tactiques sont apparues abusives lorsque leurs effets apparaissent excessivement nuisibles (§ 2).

§ 1 Déclenchement de la grève : validité des grèves surprise

617 En principe, la grève n'est soumise à aucune condition de préavis et la grève surprise est licite (v. déjà Soc. 20 janvier 1956, *Bull. civ.* IV, n° 71 : grève inopinée le jour du lancement d'un navire). La Cour de cassation a même invalidé les clauses des conventions collectives qui interdisent les grèves surprise en exigeant un préavis de grève (Soc. 7 juin 1995 *Bull. civ.* V, n° 180 ; *Dr. soc.* 1996. 37, note C. Radé ; *Dr. ouvrier* 1996. 94, note L. Milet ; *Grands arrêts*, n° 191 ; Soc. 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-42964). Le raisonnement de ces arrêts est simple et solide. Selon l'alinéa 7 du préambule de 1946 : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des *lois* qui le réglementent ». Une convention collective n'est pas une loi. Elle ne saurait donc réglementer le droit de grève en imposant un préavis aux salariés. Seule une loi peut prévoir un tel préavis.

La seule exigence de portée générale est que les revendications soient connues de l'employeur au moment du déclenchement de la grève, l'information de l'employeur et le déclenchement de la grève pouvant fort bien être simultanés (Soc. 19 novembre 1996, *Bull. civ.* V, n° 391 ; Soc. 12 décembre 200, *Bull. civ*. V, n° 414).

618 Il existe quelques limitations légales de cette liberté de déclenchement des grèves, justifiées par le principe de continuité du service public.

Dans les services publics, l'exigence d'un préavis de grève collectif, déposé par un syndicat représentatif, est ancienne et générale. Ce préavis est de 5 jours francs (art. L. 521-2 et L. 521-3 C. trav. ; L. 2512-1 et L. 2512-2 recod.).

619 En revanche, il n'est pas exigé de préavis individuel, même dans les services publics. Les salariés ne sont pas tenus d'avertir leur employeur de leur intention de participer ou non au mouvement de grève. C'est ce qu'a affirmé avec force l'Assemblé plénière

Black plaque (443,1)

de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2006, dans une espèce où était en cause le service public des transports aérien (*Bull. Ass. plén.*, n° 7 ; *Dr. soc.* 2006. 935-938, obs. E. Dockès ; *RDT* 2006. 248, obs. N. Olszak).

620 Le législateur est venu contrecarrer cette dernière solution, mais exclusivement dans les services publics de transport terrestre de personnes, non touristique (le transport aérien est donc épargné) : les salariés de ces entreprises de transports sont tenus de prévenir leur employeur de leur intention de se mettre en grève au moins 48 heures à l'avance (loi n° 2007-1224 du 21 août 2007, art. 5, II).

Cette exigence d'un préavis individuel va bien plus loin que l'exigence d'un préavis collectif. Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il émis une réserve d'interprétation sur ce texte. Il a précisé que cette obligation « n'est opposable qu'aux seuls salariés dont la présence détermine directement l'offre de services » (Cons. const. 16 août 2007, n° 2007-556 DC, pt. 29). Pareil motif confirme l'impossibilité d'étendre cette obligation de préavis en dehors de cas très particuliers liés à l'exécution d'un service public.

621 Il est aussi important de noter que le préavis individuel imposé par la loi nouvelle n'est pas imposé comme condition d'exercice du droit de grève : la grève sans préavis individuel reste licite. Les salariés qui n'ont pas averti l'employeur sont simplement passibles d'une « sanction disciplinaire » pour violation de l'obligation d'information (art. 5, II, al. 2 de la loi, *préc.*, tel que compris par Cons. const., *préc.*, pt. 29). Il n'est pas du tout évident que leur licenciement soit alors autorisé : la proportionnalité entre la sanction et la faute que constitue l'absence d'information reste à démontrer *in concreto* devant les juges.

622 La loi du 21 août 2007 est un petit pas du législateur vers une réglementation plus rigoureuse des grèves. Il ne doit pas pour autant être sous-estimé. Il pourrait s'agir d'une amorce, d'un premier pas suivi d'un deuxième, d'un troisième... On se souvient que tel fut la méthode suivie, avec beaucoup d'efficacité, pour détruire les protections du temps de travail (v. n° 312). Face à ce risque, la décision restrictive du Conseil constitutionnel du 16 août 2007 peut apparaître comme un avertissement à destination du législateur, s'il est tenté par cette voie.

§ 2 L'organisation des arrêts de travail

623 Il ne sera ici question que de l'organisation de la grève au sens strict, c'est-à-dire de l'organisation des arrêts de travail. De nombreuses actions peuvent accompagner le mouvement (*sit-in*, piquets de grèves, occupation des locaux, mobilisation des médias, destruction des machines...). Certains de ces comportements sont licites, d'autres sont prohibés, certains même constituent des infractions pénales (séquestration, violences...). Ces différents comportements ne sont pas des modalités d'exercice de la grève. Ils peuvent conduire à la condamnation de leurs auteurs (v. n°s 634-637 et 643). Mais ils ne sauraient rendre illicite le mouvement d'arrêt de travail dans son ensemble, ni permettre de sanctionner les grévistes qui n'ont pas commis ces comportements (Soc. 4 novembre 1992, *Cherki*, *Bull. civ*. V, n° 529 ; *Dr. soc.* 1992. 1007 ; *JCP* E 1993. II. 420, note J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 188).

624 En principe, toutes les modalités d'organisation des arrêts de travail sont licites. Des modalités de grève qui rendent l'exploitation très onéreuse et très difficile sont valides. Ainsi les grèves courtes et répétitives, dont l'effet désorganisateur est connu, peuvent être valides (Soc. 18 avril 1963, *Papeteries Chancel*, *Bull. civ.* IV, n° 316 ; *D.* 1963. 505, note A. Rouast ; *JCP* 1963. II. 13370, note P. Bizière ; *Grands arrêts*, n° 181 ; Soc. 16 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n° 319). Il en va de même y compris lorsque ces grèves courtes et répétitives sont inopinées, ce qui rend l'exploitation de l'entreprise particulièrement onéreuse (Soc. 5 juillet 1995, *Bull. civ.* V, n° 232). De même, sont en principe considérées comme licites les grèves « thrombose » ou « bouchons », organisées aux milieux de chaînes de production et qui permettent à un petit groupe de salariés en grève de bloquer toute l'usine (Soc. 10 janvier 1973, *Bull. civ.* V, n° 8 ; *D.* 1973. 453, note H. Sinay). Les grèves « tournantes », qui sont des grèves bouchons dans lesquelles le blocage est réalisé par roulement, chaque atelier s'arrêtant à sont tour, peuvent, elles aussi, être reconnues comme licites (Soc. 14 janvier 1960, *Dr. soc.* 1960. 491).

Ces modalités d'organisation de la grève peuvent cependant finir par apparaître abusives, dans certains cas.

625 Pour qu'un tel abus soit reconnu, il faut un « risque de désorganisation de l'entreprise » (v. not. Soc. 18 janvier 1995, *Publicom** ; Ass. plén. 23 juin 2006 *Bull. Ass. plén.*, n° 7 ; *Dr. soc.* 2006. 935-938, obs. E. Dockès). Cette terminologie est relativement énigmatique. D'autant que la « désorganisation de l'entreprise » est opposée à la « désorganisation de la production », laquelle n'est pas abusive (Soc. 30 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 404 ; *D.* 1990. Somm. 168, obs. G. Borenfreund ; Soc. 7 avril 1993, *Bull. civ.* V, n° 111 ; Soc. 18 janvier 1995, *Bull. civ.* V, n° 27 ; Soc. 16 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n° 319).

Or, il est bien difficile d'imaginer ce que pourrait être une entreprise organisée dont la production est désorganisée : l'entreprise étant avant tout un processus de production, ce qui désorganise ceci, désorganise nécessairement cela. Les termes utilisés ne sont donc guère porteurs de renseignements sur le critère retenu par la Cour de cassation.

626 À lire les espèces soumises à la Cour de cassation, il semble que l'idée sous-jacente soit dans la comparaison entre le préjudice subi par les grévistes et celui subi par l'entreprise (pour un abus caractérisé par un préjudice qui « excédait celui qui résulte normalement de l'exercice d'une grève continue ou même de débrayages contrôlés », v. Soc. 7 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 10 ; *Dr. soc.* 1988. 251, 6e esp., note J. Savatier ; *JCP* E 1988. 15688 note Y. Saint Jours). Une disproportion même importante de l'un à l'autre est cependant acceptée (v. les arrêts *préc.* et not. Soc. 5 juillet 1995, *Bull. civ.* V, n° 232). Mais il semble qu'au-delà d'un certain seuil, la disproportion devienne excessive, ce qui caractérise un abus.

Black plaque (445,1)

section 3

Effets de la grève

La grève suspend le contrat de travail. Le pouvoir de direction de l'employeur est suspendu et donc son pouvoir disciplinaire l'est aussi (§ 2). Corrélativement, l'employeur n'est plus tenu de payer les salaires des grévistes (§ 1). 627

§ 1 Suspension du salaire

La grève suspend l'obligation de l'employeur de verser un salaire. La solution est un effet traditionnel de l'exception d'inexécution. Elle n'est pas contestée. 628

Elle a cependant été curieusement rappelée par le législateur à propos du seul service public des transports terrestres de voyageurs (art. 10 de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007), ce qui pourrait donner l'occasion d'un amusant argument *a contrario* totalement dépourvu de chances de succès auprès des juges (ce qui démontre au passage la prudence qui s'impose dans le maniement du raisonnement *a contrario*). 629

Les questions sérieuses relatives au salaire et à la grève ont porté sur le montant de la perte de salaire occasionnée par la grève (A) et sur les exceptions possibles au principe de non-paiement du salaire (B).

A. Proportionnalité de la perte de salaire à la durée de l'arrêt de travail

La retenue sur salaire doit être strictement proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail. L'employeur ne saurait indexer la perte de salaire à la perte de production provoquée par la grève, ni prendre en compte des temps d'improductivité liés à celle-ci. 630

Il doit ainsi payer comme temps de travail le temps d'arrêt et de remise en marche des machines (Soc. 6 juin 1989, *Bull. civ.* V, n° 426 ; *D.* 1990. 170, 3e, 4e et 5e esp., obs. G. Borenfreund ; *JCP* G 1990. II. 21452, 2e esp., note Y. Saint-Jours ; Soc. 4 juillet 1989, *Bull. civ.* V, n° 496). Il doit aussi payer normalement l'exécution défectueuse du travail ou le ralentissement volontaire de la production : sanctionner ce ralentissement d'une baisse de salaire serait une sanction pécuniaire prohibée par l'article L. 122-42 du Code du travail (L. 1331-2 recod.) et donc nulle (Soc. 20 février 1991* ; Soc. 17 avril 1991* ; Soc. 12 avril 1995*).

De même, la réduction d'une prime d'assiduité pour fait de grève s'analyse en une sanction pécuniaire, sauf si la prime est réduite pour toutes les causes d'absences, y compris la maladie, les accidents du travail et la maternité (v. not. Soc. 25 mars 1982, *SAFT*, *Bull. civ.* V, n° 224 ; Soc. 16 février 1994, *Bull. civ.* V, n° 55 ; Soc. 10 décembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 371, Soc. 15 février 2006* ; v. le raisonnement suivit par ces arrêts, n° 120). Même ainsi étroitement limitée, la réduction pour fait de grève des primes d'assiduité demeure contestable : si elles sont bien rédigées, ces primes d'assiduité demeurent un moyen efficace pour rendre les grèves courtes très coûteuses pour les 631

Black plaque (446,1)

salariés. Elles sont donc bien une limitation du droit de grève, limitation qui n'est ni du pouvoir de l'employeur, ni du pouvoir des conventions collectives qui parfois stipulent de telles primes.

L'idée de punir financièrement les salariés « coupables » d'exercer leur droit de grève pendant une courte période de temps se retrouve encore à l'article L. 521-6 du Code du travail (L. 2512-5 recod.). Selon ce texte, les salariés dont l'employeur est chargé de la gestion d'un service public s'exposent, en cas de grève, à des retenues qui échappent à la règle de stricte proportionnalité (ex. : retenue d'un cinquantième de salaire mensuel en cas d'arrêt de travail n'excédant pas une demi-journée, d'un trentième en cas de grève de plus d'une demi-journée même si elle ne dure pas toute la journée). Pareille disposition institue une sorte de sanction pécuniaire applicable aux salariés des services publics. Elle est une exception légale à la prohibition des sanctions pécuniaires de l'article L. 122-42 du Code du travail (L. 1331-2 recod. ; v. n° 118 et s.).

B. L'exceptionnel paiement des heures de grève

632 Les heures de grèves doivent être payées lorsque la grève est motivée par un « manquement grave et délibéré » de l'employeur à ses obligations (Soc. 20 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 80 ; Soc. 3 mai 2007*). Dans un tel cas, il est considéré que la grève a été causée par la faute de l'employeur. Celui-ci est donc responsable du préjudice subi par les salariés du fait de la grève. Il est pour cette raison condamné à leur verser leurs salaires perdus du fait de la grève.

Un tel manquement grave et délibéré peut être reconnu en cas de violation de règles de sécurité ou, « à l'évidence » selon les termes de la Cour, en cas de non-paiement des heures supplémentaires (Soc. 3 mai 2007*).

§ 2 Suspension du pouvoir disciplinaire, sauf faute lourde

633 Pendant la grève le pouvoir de direction de l'employeur est suspendu. Par conséquent, son pouvoir disciplinaire l'est aussi (v. n° 114). Si des fautes sont commises par les salariés au cours de la grève, celles-ci ne peuvent donc pas faire l'objet de sanctions disciplinaires.

Cette suspension du pouvoir disciplinaire de l'employeur subit toutefois une exception légale précisée à l'article L. 521-1 du Code du travail (L. 2511-1 recod.) : « La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié » (al. 1er). Ce texte a été interprété comme une faculté, pour l'employeur, de licencier un salarié pour des faits commis à l'occasion d'une grève, si ces faits peuvent être qualifiés de « faute lourde ». En revanche, en l'absence de faute lourde imputable aux salariés, le licenciement est nul (L. 521-1 al. 2 C. trav. ; L. 2511-1 al. 2 recod. ; sur la nullité du licenciement, v. n° 498-504).

Deux questions se posent alors. La première est relative à la notion de « faute lourde » (A). La seconde consiste à s'interroger sur la possibilité pour l'employeur de prendre des mesures plus douces que le licenciement, en cas de faute lourde (B).

Black plaque (447,1)

A. Notion de faute lourde

634 La faute lourde est une faute d'une particulière gravité, faite dans l'intention de nuire (v. n° 474). Dans le contexte d'une grève, la plupart des fautes présentent le second de ces caractères, l'intention de nuire. L'essentiel de la question se concentre alors sur la particulière gravité. Il y a là une question d'appréciation difficile. On peut noter que des actes de violence (Soc. 19 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 654 ; Soc. 13 janvier 1993, *Bull. civ.* V, n° 7), la séquestration de dirigeants ou cadres de l'entreprise (Soc. 1er avril 1997, *Bull. civ.* V, n° 131) et, souvent, l'atteinte à la liberté du travail des non-grévistes, notamment par des piquets de grèves (Soc. 31 mars 1998, *Bull. civ.* V, n° 180 ; Soc. 1er juillet 1998, *Dr. soc.* 1998. 850 ; Soc. 15 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 166, 2e esp. ; Soc. 17 décembre 2002, *Dr. soc.* 2003. 448, obs. F. Duquesne), ont pu être considérés comme des fautes lourdes.

En revanche, l'occupation des locaux n'est pas considérée comme une faute lourde lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une entrave à la liberté du travail (Soc. 29 mai 1953, *Dr. soc.* 1953. 410 ; Soc. 9 octobre 1963, *Bull.* IV, n° 667 ; Soc. 16 mai 1989, *Bull. civ.* V, n° 361).

B. Étendue du pouvoir disciplinaire en cas de faute lourde

635 En l'absence de faute lourde, l'employeur n'a aucun pouvoir disciplinaire sur les comportements commis contre les grévistes. Une simple faute grave ne saurait légitimer une sanction, même un simple avertissement (Soc. 16 décembre 1992* ; Soc. 7 juin 1995*). La solution est logique. Pendant la grève, le salarié n'est pas subordonné à l'employeur, il n'est donc pas soumis à son pouvoir disciplinaire. L'article L. 521-1 du Code du travail (L 2511-1 al. 2 recod.) s'analyse comme une exception à ce principe. Et les exceptions sont d'interprétation stricte.

636 La jurisprudence est nettement plus ambiguë sur la possibilité pour l'employeur, *en cas de faute lourde*, de sanctionner le salarié par une sanction moins grave que le licenciement. La motivation des deux arrêts précités semble signifier, *a contrario*, que la possibilité d'une telle sanction demeure ouverte, en cas de faute lourde, puisque, selon ces deux arrêts : « un salarié gréviste ne peut être licencié *ou sanctionné*, à raison d'un fait commis à l'occasion de la grève à laquelle il participe, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde ». La Cour semble ici faire application de l'idée selon laquelle « qui peut le plus, peut le moins ».

637 La solution n'est pas cependant hors de toute discussion possible. L'interprétation *a contrario* des arrêts de la Cour de cassation doit en principe être évitée et, en matière de pouvoir disciplinaire, l'adage qui peut le plus peut le moins n'est guère efficace (v. not. CE 28 janvier 1991, *Dr. soc* 1992. 232). Surtout, une faute lourde est plus qu'une faute grave. Or la faute grave est définie par la Cour de cassation comme celle qui rend impossible le maintien du contrat de travail, même pendant la durée du préavis (v. n° 472). Une faute ne faisant l'objet que d'une mise à pied, ou même que d'un simple avertissement, est par hypothèse une faute qui ne rend pas impossible cette continuation. Elle n'est donc pas une faute grave (v. n° 473 et *réf. cit.*). *A fortiori*, elle n'est pas non plus une faute lourde.

La faculté de l'employeur d'adopter une sanction moindre que le licenciement apparaît ainsi bien théorique. S'il s'avisait de procéder ainsi, sa mansuétude démontrera que la faute invoquée n'était pas grave. Et donc qu'elle n'était pas lourde. Or,

Black plaque (448,1)

seule la faute lourde peut légitimer la sanction d'un comportement commis à l'occasion d'une grève.

section 4

Les ripostes patronales

638 Face à la grève, l'employeur peut user de plusieurs armes juridiques. Il peut licencier les grévistes coupables de fautes lourdes (v. n° 633). Il peut tenter de remplacer les salariés grévistes (§ 1). Il peut fermer son entreprise, à la condition de pouvoir démontrer une situation contraignante (§ 2). Il peut enfin tenter de recouvrer une partie de ses pertes en attaquant en responsabilité délictuelle les salariés ou les syndicats (§ 3).

§ 1 Le remplacement des grévistes

639 Si l'employeur remplace les grévistes, il ne subit aucun dommage du fait de la grève. Les grévistes perdent alors leur salaire en vain et la grève est vouée à l'échec. Cette situation est un germe de violence : si le remplacement est juridiquement facile, la grève devient inefficace. Il ne reste plus alors aux salariés qui veulent faire entendre leur voix qu'à s'opposer illégalement au travail des salariés embauchés à leur place.

640 Pour éviter cette situation extrême, le législateur est venu réglementer le remplacement des salariés grévistes : il est interdit à l'employeur de remplacer les grévistes par des salariés en contrat à durée déterminée (L. 122-3 C. trav. ; L. 1242-6 recod.) ou par des travailleurs temporaires (L. 124-2-3 C. trav. ; L. 1251-10 recod.). Et ces prohibitions sont pénalement sanctionnées : les textes prévoient jusqu'à six mois de prison en cas de récidive (L. 152-1-4 et L. 152-2 C. trav. ; L. 1248-3 et L. 1254-5 recod.).

641 L'employeur n'est pas pour autant totalement démuni. Il peut tout d'abord réaffecter le personnel non gréviste aux tâches des grévistes (Soc. 12 janvier 1983, *Bull. civ.* V, n° 12). Si cette réaffectation réalise une modification de leur contrat, les salariés réaffectés pourront refuser. Mais ils pourront aussi accepter. La solution apparaît assez logique : la grève des uns n'interdit pas le travail des autres. Et les articles précités ne prohibent que des embauches. Une prime pourra même être versée aux non-grévistes pour surcroît de travail, sans que cette prime s'analyse en une prime discriminatoire vis-à-vis des grévistes qui en sont privés (Crim. 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n° 217 ; *D.* 1980. IR. 88, obs. J. Pélissier ; Soc. 8 janvier 1981, *Dr. soc.* 1981. 435, 3e esp., note J. Savatier).

La Cour de cassation accepte encore que l'entreprise fasse appel à des bénévoles (Soc. 11 janvier 2000, *Trouboul*, *Bull. civ.* V, n° 15 ; *D.* 2000. 369, note C. Radé ; *Dr. ouvrier* 2000. 252, note A. de Senga ; *Grands arrêts*, n° 203). La solution est déjà plus curieuse.

642 La question la plus débattue est la possibilité pour l'employeur d'embaucher des salariés en contrat à durée indéterminée, quitte à licencier ceux-ci au retour des grévistes : leur retour constituerait alors une cause réelle et sérieuse de licenciement...

Black plaque (449,1)

Pareille solution doit cependant être fermement écartée. Un contrat conclu en remplacement d'un gréviste, même formellement présenté comme un contrat à durée indéterminée, a en réalité un objet limité dans le temps. Il est doté d'un terme : le retour du gréviste. Il entre donc dans la définition du « contrat à durée déterminée » (sur cette définition, v. n° 249) et tombe sous le coup de la prohibition susvisée.

§ 2 Actions en responsabilité délictuelle

643 La responsabilité du salarié gréviste peut être invoquée si celui-ci a commis une faute lourde pendant la grève. Pareille action est cependant rarement intentée du fait de la relative insolvabilité des grévistes et de part la violence d'une telle action, qui n'est pas *a priori* de celles qui permettent de rétablir la paix sociale après une grève. Les employeurs se « contentent » donc généralement de licencier les auteurs de faute lourde. Le recours en responsabilité n'en demeure pas moins possible.

La responsabilité du salarié est alors limitée au « préjudice découlant directement de sa participation personnelle à des actes illicites commis pendant l'arrêt du travail » (Soc. 19 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 698 ; *Grands arrêts*, n° 207). Ce qui permet d'éviter de condamner un salarié à la réparation de l'entier préjudice subit par l'entreprise du fait de la grève. En la matière, la responsabilité *in solidum* est exclue. Et le salarié ne pourra être condamné qu'au préjudice que ses fautes lourdes personnelles ont directement causé.

644 L'action en responsabilité contre les syndicats, réputés plus solvable, est elle plus fréquente. Elle relève du droit commun de la responsabilité délictuelle. Il suffit de prouver une faute du syndicat au sens de l'article 1382 du Code civil, pour que celui-ci puisse voir sa responsabilité engagée. Il est inutile de démontrer une faute lourde.

645 Encore faut-il que le syndicat puisse se voir imputer une faute. Le syndicat ne peut être jugé responsable des fautes commises par les simples grévistes : le syndicat n'étant pas leur commettant (Soc. 9 novembre 1982, *Dubigeon-Normandie*, *Bull. civ.* V, n° 605 ; *Grands arrêts*, n° 205). Il ne pourra pas non plus l'être du seul fait des actes commis par les délégués syndicaux : ceux-ci « ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas, par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer, la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent » (Soc. 21 janvier 1987, *Dr. soc.* 1987. 426, note J.-E. Ray ; Soc. 17 juillet 1990, trois arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 371 et 375 ; *Dr. ouvrier* 1990. 375, rapp. Ph. Waquet). La faute des syndicats doit donc être caractérisée par un acte qui l'engage, soit encore par un acte fait au nom du syndicat par son représentant. Ce pourra notamment être le cas d'incitations à commettre des actes illicites réalisés au nom du syndicat (v. Soc. 30 janvier 1991, *Bull. civ.* V, n° 40).

646 Une fois la faute démontrée, il faut encore prouver le préjudice qui a été directement causé par la faute. En matière de grève, la Cour de cassation refuse de globaliser le préjudice subi et de condamner tous ceux qui y ont participé à le réparer *in solidum*. La part de préjudice directement imputable à chacun doit être précisément démontrée (Soc. 30 janvier 1991, *Bull. civ.* V, n° 40 ; Soc. 18 janvier 1995, *Publicom**).

Black plaque (450,1)

C'est essentiellement par cette voie que la jurisprudence a pu limiter l'efficacité des recours en responsabilité dirigés contre les syndicats. Une interprétation extensive de leur responsabilité aurait eu des effets désastreux en plaçant les syndicats français dans des situations financières très difficiles. Cette interprétation restrictive s'impose aussi du fait du contexte dans lequel de telles fautes sont commises. Les grèves sont des révoltes qui peuvent fréquemment déborder et générer des actes illicites. Et il est difficile pour les syndicats de se désolidariser systématiquement de tels comportements : leur fonction est d'être aux côtés des salariés et ce particulièrement à l'occasion des conflits collectifs. La trop lourde condamnation des fautes commises par les syndicats aurait constitué une véritable menace pour le syndicalisme français.

§ 3 Prohibition du *lock-out*

647 On désigne sous le nom anglais de « *lock-out* » la décision de l'employeur de fermer les portes de son entreprise pour faire pression sur les salariés. Formellement, il y à la une inexécution du contrat de travail, une sorte de d'équivalent au droit de grève, mais exercé par l'employeur. Ce qui explique que certains systèmes juridiques l'aient admis, comme une arme réciproque accordée à l'employeur.

Pourtant la symétrie n'est guère convaincante. Le droit de cesser d'exécuter leur contrat pour faire pression a été accordé aux salariés pour qu'ils puissent rééquilibrer le rapport de force qui les oppose à l'employeur. La réciproque est dépourvue de sens : l'employeur, qui détient l'emploi et paie les salaires, n'est pas dans une situation de faiblesse face à ses salariés. Il n'est nul besoin de le renforcer encore. Pour cette raison, en droit français, le *lock-out* est, en principe, interdit (Soc. 24 janvier 1968 *Bull. civ.* V, n° 51 ; *Grands arrêts*, n° 196). Ce principe connaît cependant une importante exception.

648 En droit commun des obligations, la force majeure peut libérer un cocontractant de ses obligations. En l'occurrence, la Cour de cassation a légèrement édulcoré cette condition. Pour valider une fermeture de l'entreprise en réponse à une grève, la jurisprudence se contente de la preuve d'une « situation contraignante, qui ne lui (est) pas imputable et qui (rend) impossible la fourniture de travail aux salariés non gréviste » (v. not. Soc. 22 février 2005*). Il s'agit d'une situation qui va au-delà de la simple difficulté : il ne suffit pas que le maintien du travail des non-grévistes soit onéreux ou même fait à perte (v. par ex. Soc. 5 juillet 1995, *Bull. civ.* V, n° 232). Mais la situation contraignante à prouver est en deçà de l'impossibilité absolue de faire fonctionner l'entreprise (Soc. 7 novembre1990, *Bull. civ.* V, n° 518 ; Soc. 4 juillet 2000, *Bull. civ.* V, n° 262 ; *Dr. soc.* 2000. 1091, note A. Cristau ; Soc. 22 février 2005*, *préc.*). Entre ces deux pôles, l'appréciation des espèces est difficile.

Si l'employeur cesse de fournir du travail sans pouvoir prouver une telle situation contraignante, il doit verser leur salaire aux salariés empêchés par sa faute de travailler (v. par ex. Soc. 5 juillet 1995, *préc.*).

Black plaque (451,1)

Biblio

- *Conflits collectifs*, dossier, *Dr. soc.* n° spécial juillet-août 2001, avec notamment :
  – A. Supiot, « Revisiter les droits d'action collective » ;
  – M.-A. Souriac, « Conflits du travail et négociation collective, quelques aspects ».
- E. Dockès, « La finalité des grèves en question », *Dr. soc.* 2006. 881-889.

Documents

Notion de grève

Soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ.* V, n° 379 ; *JPC* E 1997. 10, rapport P. Waquet et note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. soc.* 1997. 376, obs. C. Radé

« Attendu cependant que, si la grève est la cessation collective et concertée du travail par des salariés en vue d'appuyer des revendications professionnelles et ne peut, en principe, être le fait d'un salarié agissant isolément, dans les entreprises ne comportant qu'un salarié, celui-ci, qui est le seul à même de présenter et de défendre ses revendications professionnelles, peut exercer ce droit constitutionnellement reconnu ».

Effet sur le salaire

– Perte de salaire et primes d'assiduité

Soc. 15 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 65 ; *Dr. soc.* 2006. 577, note C. Radé

« Mais attendu, d'abord, que caractérise l'exercice du droit de grève une cessation concertée et collective du travail en vue de soutenir un mot d'ordre national pour la défense des retraites, qui constitue une revendication à caractère professionnel, et, ensuite, que si l'employeur peut tenir compte des absences, même motivées par la grève, pour l'attribution d'une prime destinée à récompenser une assiduité profitable à l'entreprise, c'est à la condition que toutes les absences, autorisées ou non, entraînent les mêmes conséquences ; qu'ayant constaté que les absences pour événements familiaux ou des absences conventionnelles prévues par l'accord d'entreprise ne donnaient pas lieu à retenue, ce dont il résultait que la suppression de la prime d'assiduité en cas de grève constituait une mesure discriminatoire ».

– L'exceptionnel paiement des heures de grève

Soc. 3 mai 2007, 05-44776, à paraître au *Bulletin*

« Mais attendu que le mouvement de grève ayant été notamment motivé par le non-paiement des heures supplémentaires et donc, à l'évidence, par un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations, le juge des référés a exactement décidé que l'obligation de l'employeur au paiement des provisions sollicitées n'était pas sérieusement contestable, nonobstant le protocole d'accord de fin de grève ; que le moyen n'est pas fondé ».

Black plaque (452,1)

– Actes commis au cours de la grève

Soc. 16 décembre 1992, *EDF* c. *Moens*, *Bull. civ.* V, n° 592 ; *Dr. soc.* 1993. 291, note J. Savatier ; *D.* 1993. Somm. 265, obs. E. Dockès ; Soc. 7 juin 1995, *Bull. civ.* V, n° 181

« Un salarié gréviste ne peut être licencié ou sanctionné, à raison d'un fait commis à l'occasion de la grève à laquelle il participe, que si ce fait est constitutif d'une faute lourde ».

Soc. 18 janvier 1995, *Publicom*, *Bull. civ.* V, n° 27 ; *Dr. soc.* 1995. 186, note Ph. Waquet ; *Grands arrêts*, n° 190

« La *cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* caractérise l'exercice du droit de grève ; que *la commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne suffit pas, à elle seule, à modifier la nature de ce dernier* ; que ce n'est qu'au cas où la grève entraîne *ou risque d'entraîner la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus* ; qu'enfin, *la responsabilité d'un salarié ou d'un syndicat à l'occasion soit d'une grève, en raison d'actes illicites commis pendant celle-ci, soit d'un abus du droit de grève, ne peut être engagée qu'à raison du préjudice découlant directement de son comportement fautif* ».

« La cour d'appel ne pouvait mettre à la charge du syndicat, de MM. Combebiac et Cuallado et de dix-huit salariés grévistes la réparation de l'entier préjudice subi par l'entreprise ; (...) il lui appartenait de préciser, en ce qui concerne chacune des personnes concernées, à *quel acte fautif précis elle avait participé et qu'elle ne pouvait prononcer condamnation qu'à raison du seul préjudice résultant du comportement incriminé* ».

Le lock-out

Soc. 22 février 2005, *Bull. civ.* V, n° 57, *Dr. soc.* 2005. 599, note C. Radé

« Mais attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté, répondant aux conclusions prétendument délaissées, que la grève du secteur de production, qui était totale, avait progressivement entraîné la paralysie du secteur "travaux", empêchant le maintien des tâches d'exécution et que l'employeur avait attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit bloqué pour recourir à la mise en chômage technique, a pu, par ces seuls motifs, décider que la société Atofina s'était trouvée, du fait de la grève, *dans une situation contraignante, qui ne lui était pas imputable et qui rendait impossible la fourniture de travail aux salariés non gréviste* ».

Quiz

Exercices corrigés : cas pratiques

Énoncé

• Cas n° 1. Suite aux refus réitérés de l'employeur de leur accorder une pause pour leur permettre de déjeuner, les salariés de l'entreprise X décident de cesser le travail entre midi trente et une heure.

Black plaque (453,1)

L'employeur, dès qu'il apprend ce qui se passe, convoque M. Lafaim, un meneur de la grève dans son bureau. L'entrevue est orageuse. M. Lafaim, dans un mouvement de colère gifle son employeur. Celui-ci le met immédiatement à pied.

Les salariés décident alors de manifester leur solidarité à M. Lafaim. Ils annoncent à l'employeur qu'ils ne reprendront leur travail que lorsque la mise à pied de M. Lafaim aura cessé.

Qualifiez les différents mouvements d'arrêt de travail.

Corrigé

I. La difficulté principale posée par le premier mouvement est l'existence de « revendications ». Ici, les salariés semblent ne rien « revendiquer » à proprement parler, mais obtenir par eux-mêmes ce qu'ils désirent, à savoir une pause déjeuner. Il s'agirait donc d'une grève d'autosatisfaction. Ces grèves sont disqualifiées et traitées en simples violations des contrats individuels de travail (v. n°s 595-597).

Pour essayer de « sauver » le mouvement, il faut rechercher des revendications supplémentaires, qui seraient implicites. Une première voie est de s'interroger sur la licéité de l'absence de pause (le droit exige notamment une pause toutes les six heures de travail consécutives, v. n° 321). Si l'absence de pause est illicite, on pourrait alors tenter l'argumentation d'une grève pour le respect du droit dans l'entreprise… Il est aussi possible d'arguer de l'absence d'identité entre l'arrêt et la demande : en prenant une pause de midi d'eux-mêmes, les salariés réduisent leur temps de travail d'une demi-heure. Ils n'obtiennent pas un allongement corrélatif de la durée du travail l'après midi. Leur pause est donc pour eux une baisse du temps de travail et une baisse de la rémunération. Ils revendiquent d'obtenir la pause *et* de ne pas perdre de temps de travail. La seconde partie de l'exigence est une vraie « revendication ».

Ces différentes tentatives de sauvetage ont toutefois assez peu de chances de prospérer (sur le dernier de ces arguments, v. les arrêts qui condamnent la grève du samedi, alors même que l'argument aurait pu être soulevé, n° 595) Selon toutes probabilités, le mouvement risque d'être disqualifié.

II. Le second mouvement semble être une grève de solidarité interne, laquelle est prohibée. Encore une fois le sauvetage du mouvement suppose la découverte d'autres revendications implicites. Ici, la grève est déclenchée au soutien d'un leader de la grève précédente. Soutenir un leader sanctionné alors qu'il présentait des revendications, c'est aussi soutenir ces dernières. Le second mouvement soutient donc implicitement mais nécessairement les premières revendications. Ces revendications sont professionnelles. Cette fois la grève est totale, il n'y a donc pas d'autosatisfaction. Il s'agit d'un véritable mouvement de grève au sens juridique du terme.

L'argumentation a, cette fois, toutes les chances d'être retenue. Des grèves en soutien de leader sanctionnés ont déjà été validées.

Il est aussi possible de profiter du cas pratique pour reprendre la critique de la jurisprudence qui disqualifie les grèves de solidarité.

À noter : la mise à pied du cas pratique est une mise à pied conservatoire, dans l'attente d'une sanction disciplinaire. Cette mise à pied apparaît, selon les données du cas pratique, licite (la violence est facilement qualifiée de « faute lourde »). La revendication d'un retrait de la sanction peut alors apparaître déraisonnable. Mais telle n'est pas la question : les juges ne contrôlent pas le caractère raisonnable des revendications (v. n° 594).

Black plaque (454,1)

Énoncé

• Cas n° 2. M. Dupont est salarié dans un atelier de montage à la chaîne d'automobiles. À la suite d'une erreur de manipulation, il se blesse grièvement. En signe de protestation, les salariés de l'atelier (soit 15 personnes) cessent immédiatement le travail. Cet arrêt de travail paralyse l'ensemble de l'entreprise (laquelle compte 250 salariés).

L'employeur vous interroge sur la licéité de cet arrêt de travail.

Corrigé

Le cas pratique pose deux questions liées aux modalités de la grève.

I. La première concerne le déclenchement de la grève (v. n°s 617-622). Des revendications connues de l'employeur au moins au moment de l'arrêt de travail sont exigées. Est-ce le cas en l'espèce ? Aucune revendication n'a été formellement déposée… Le doute cependant n'est pas permis. La connaissance de revendications par l'employeur est un fait qui se prouve par tous moyens. Ici, les circonstances de l'arrêt sont claires : elles suivent un grave accident du travail. Cette concomitance suffit à comprendre les revendications : il s'agit de demander de meilleures conditions de sécurité. Ceci s'impose avec suffisamment d'évidence. Un employeur qui ferait semblant de ne pas l'avoir compris, et d'avoir ainsi ignoré les revendications des grévistes serait certainement considéré comme de mauvaise foi. Le déclenchement de la grève est donc licite.

II. La seconde question est celle de la grève « bouchon ». En bloquant toute l'usine, les salariés abusent-ils de leur droit de grève ?

Les grèves bouchons peuvent être licites (v. la jurisprudence citée au n° 624). De plus, il s'agit ici de présenter une revendication propre à l'atelier, à la suite d'un événement qui s'y est déroulé. Dans les entreprises où le travail est organisé à la chaîne ou à flux tendus, interdire ce genre de blocage serait interdire toute grève pour des revendications propres à une partie de l'usine. Pareille restriction de tout droit de grève pour certaines revendications ne serait pas sans rappeler la situation du seul salarié d'une entreprise. Aucun raisonnement, fut-il aussi simple que celui qui exige que la grève soit un mouvement collectif, ne saurait priver ce salarié de son droit de faire grève pour défendre ses revendications (n° 592).

On pourra rajouter, si l'exercice consiste à imaginer les plaidoiries qui peuvent être développées à l'occasion du cas pratique, que les faits douloureux de l'espèce (la blessure est grave), placés face au comportement de l'employeur qui a sanctionné les grévistes (sinon il n'y aurait pas de procès), feront condamner l'employeur plus sûrement encore que le droit applicable à l'espèce…

Black plaque (455,1)

chapitre 21

Le syndicat et ses représentants

Black plaque (456,1)

Plan analytique

section 1

Histoire et actualité du syndicalisme

§ 1 Le syndicalisme français

§ 2 L'unité retrouvée du syndicalisme mondial

§ 3 Le syndicalisme européen

section 2

Liberté syndicale

section 3

Notion de syndicat

§ 1 Membres

§ 2 Objet

section 4

Représentativité

§ 1 Champ de la présomption irréfragable de représentativité

§ 2 La représentation prouvée

section 5

Prérogatives

§ 1 L'action en justice

§ 2 Le syndicat dans l'entreprise

A. La section syndicale

B. Le délégué syndical

Black plaque (457,1)

21

Le syndicat et ses représentants

Le syndicat est un élément crucial du droit du travail. Sans cet outil de coalition, il n'est pas de groupement durable des salariés, pas d'organisation capable de s'opposer au quotidien au pouvoir des employeurs. 649

Après avoir décrits à grands traits l'histoire du syndicalisme et le paysage syndical actuel (section 1), seront successivement étudiées, la liberté syndicale (section 2), la notion de « syndicat » (section 3), la notion de syndicat « représentatif » (section 4), puis les grandes prérogatives spécifiquement accordées aux syndicats (section 5).

section 1

Histoire et actualité du syndicalisme

Les syndicats de salariés français se caractérisent, comparativement à ceux des autres pays de l'OCDE, par leur extrême division et leurs très faibles effectifs. Ils demeurent cependant, pour différentes raisons, d'importantes sources d'influence. 650

Ces constatations s'expliquent par l'actualité, mais aussi par l'histoire du syndicalisme en France (§ 1). Le syndicalisme international, qu'il soit de niveau mondial (§ 2) ou européen (§ 3) est lui, désormais, largement unitaire. Son influence reste cependant modérée, les luttes sociales ayant encore du mal à passer les frontières, fussent-elles de simples frontières internes à l'Union européenne.

§ 1 Le syndicalisme français

L'histoire du syndicalisme français est celui d'un émiettement progressif. 651

Le départ fut unitaire. Après l'autorisation des syndicats par la loi du 21 mars 1884, il suffira d'une dizaine d'années pour que les principaux syndicats et bourses du travail, s'unissent au sein de la CGT (Confédération générale du travail), laquelle est fondée 1895. L'unité se fait notamment grâce à la proclamation de l'indépendance du syndicat face aux partis politiques dans la charte d'Amiens de 1906. Mais, la CGT des origines n'est pas pour autant neutre politiquement. Et les clivages politiques ne laisseront pas indifférent le syndicalisme français.

La CGT des origines est dominée par le syndicalisme révolutionnaire, ce qui ne va pas plaire à tous les salariés. En 1919 se crée une autre confédération, opposée à ce type de syndicalisme, la CFTC (Confédération française des travailleurs chrétiens). Elle réunit sur une base confessionnelle les syndicats marqués par la doctrine sociale de l'Église (sur l'opposition du syndicalisme révolutionnaire et de la doctrine sociale de l'Église, v. n° 12 et le corrigé du Quiz du chapitre 1).

Black plaque (458,1)

652 La suite des événements est une conséquence du congrès de Tours qui, en 1920, a conduit à la scission de le SFIO (Section française de l'Internationale ouvrière). La majorité des militants fonde un nouveau parti qui adhère à l'Internationale communiste (troisième internationale) et deviendra le parti communiste français. Les autres conservent le nom de SFIO (ancêtre du parti socialiste), qui devient alors un parti essentiellement réformiste. À la suite de ces événements, la CGT se scinde en 1921. En simplifiant un peu, on retrouve d'un côté les réformistes qui demeurent à la CGT et de l'autre les révolutionnaires, communistes et anarchistes, qui fondent la CGTU (U pour « unitaire »). Ces deux tendances fondatrices de la CGTU s'affrontent dès l'origine, mais n'auront pas le temps d'aboutir à une nouvelle scission. Le changement de stratégie des communistes, sommés de s'allier aux sociaux-démocrates, va permettre l'avènement du Front populaire et la réunification du syndicalisme au sein de la CGT, en 1936.

Après la prohibition des syndicats par le régime de Vichy, la CFTC et la CGT qui s'étaient maintenues dans la clandestinité réapparaissent. En 1944 est créée la CGC, confédération qui entend défendre les intérêts particuliers des cadres. À partir de 1947, l'emprise qu'exerce le parti communiste sur la CGT crée des tensions, qui débouchent sur une scission. Certains syndicats quittent alors la CGT. Ils fondent en 1948 la Confédération générale Force ouvrière (CGT-FO).

En 1964, la majorité des adhérents de la CFTC décide en congrès d'abandonner toute référence confessionnelle : ces adhérents fondent alors la CFDT (Confédération française démocratique du travail). Un courant minoritaire refuse cependant cette évolution et fonde une nouvelle CFTC.

653 Cette vague de divisions est suivie d'une période de calme. L'arrêté du 31 mars 1966, entérine la situation côté salarié en reconnaissant la représentativité nationale et interprofessionnelle des cinq centrales susvisées (coté employeur, le CNPF (Conseil national du patronat français), devenu depuis MEDEF (Mouvement des entreprises de France), est reconnu seul représentatif au niveau national). La loi du 28 octobre 1982 précise que tout syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national est présumé irréfragablement représentatif (art. L. 412-4 C. trav. ; L. 2122-1 recod.).

654 Depuis, l'émiettement syndical s'est poursuivi. Il a notamment conduit à la création progressive de deux nouvelles organisations importantes.

La première est l'Union syndicale solidaire. Celle-ci est la continuité de l'Union syndicale créée en 1981 entre 10 syndicats ou fédérations autonomes (le « G10 »). Elle compte aujourd'hui une quarantaine de syndicats membres, dont les syndicats SUD (solidaires-unitaires-démocratiques).

L'Union nationale des syndicats autonomes (UNSA) est, elle, née en 1993 en regroupant plusieurs syndicats dits « autonomes » et une partie de la Fédération de l'éducation nationale (FEN) qui venait de se scinder.

655 Pour avoir une vue un peu plus complète de la complexité du paysage syndical français, il faut encore mentionner l'existence de syndicats d'entreprise, de métiers, de fédérations et d'unions non rattachées aux confédérations et unions interprofessionnelles susvisées. Il existe de plus d'autres organisations interprofessionnelles de petite, voire de très petite taille. Et ces différents morceaux du mouvement syndical ne sont pas tous négligeables loin s'en faut. Certains syndicats ont un rôle majeur dans telle branche ou tel métier sans pour autant appartenir à une grande confédération. Ainsi, par exemple,

Black plaque (459,1)

la FSU (Fédération syndicale unitaire) regroupe exclusivement des personnels de la fonction publique et elle a l'essentiel de ses effectifs dans l'éducation nationale. Mais elle est aussi, dans cette branche, la première force syndicale en termes d'audience.

Ainsi, dans certaines très grandes entreprises, il est possible de rencontrer plus de dix syndicats de salariés représentés, face à un seul employeur. Ce dernier pourra alors facilement jouer des oppositions entre les uns et les autres et diviser pour mieux régner.

656

Un autre caractère du syndicalisme français est le très faible nombre de syndiqués qu'il compte, comparativement aux pays qui sont dans une situation politique et économique comparable. Le taux de syndicalisation actuel se situe en France aux alentours de 8 % des salariés. Ce taux est 2 fois plus faible qu'il y a 25 ans et 3 fois plus faible qu'en 1950. Et il est surtout exceptionnellement bas comparativement aux autres pays de l'OCDE : le Danemark et la Suède ont des taux de syndicalisation supérieurs à 80 % ; l'Italie, au-dessus de 50 % ; l'Allemagne et le Royaume-Uni sont aux alentours de 30 % et même un pays relativement peu syndiqué comme les États-Unis conserve un taux de près du double du taux français...

Cette faiblesse des effectifs, placée au côté de la grande division des syndicats, caractérise bien l'existence d'une crise du syndicalisme en France.

657

Cette crise ne doit pas cependant être exagérée. Le taux de syndicalisation français est très faible, mais il est à peu près stable depuis une dizaine d'années. La présence syndicale dans les entreprises reste relativement élevée, avec 40 % des salariés qui déclarent qu'une présence syndicale existe sur leur lieu de travail. Et 90 % des salariés bénéficient en France d'une convention collective, ce qui est un des taux les plus élevés au monde. Il faudrait encore mentionner le rôle des syndicats dans la gestion des grands organismes sociaux, leur présence dans de très nombreux organismes consultatifs, l'impact qui leur est accordé dans le processus législatif au côté des organisations patronales... Les syndicats français conservent d'importants moyens d'influence.

De plus, les 8 % de salariés syndiqués font tout de même plus d'un million huit cent mille syndiqués en France, ce qui représente une force militante imposante (à titre de comparaison, le total des adhérents revendiqués par les deux principaux partis politiques français, l'UMP et le PS, est de l'ordre de 600 000 adhérents). Et si le nombre des syndiqués français est faible comparativement à d'autres pays, c'est aussi en partie du fait de certaines règles du droit français : les syndicats négocient pour l'ensemble des salariés et non pour leurs seuls adhérents, la Sécurité sociale, la formation professionnelle bénéficient à tous, syndiqués ou non, etc. Ces règles, qui sont loin d'être aussi répandues qu'on pourrait le croire, faussent la comparaison avec les pays qui font dépendre ces avantages de l'adhésion à un syndicat.

Aussi, la crise du syndicalisme ne doit-elle pas faire sous-estimer l'importance maintenue du phénomène syndical. D'autant que l'audience et la capacité de mobilisation des syndicats demeurent importantes, ainsi que l'a démontrée la récente crise du CPE, au printemps 2006.

En résumé, comparativement aux autres pays de l'OCDE, le syndicalisme français se caractérise par une influence et des capacités de mobilisation qui demeurent relativement fortes, et ce malgré un nombre d'adhérents très faible et une extrême division.

Black plaque (460,1)

658 Cette division n'en est pas moins très dommageable. D'autant qu'elle contraste avec la relative unité des associations patronales qui, au niveau national et interprofessionnel, sont principalement regroupées au sein de deux organisations : le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et la Confédération générale des petites et moyennes entreprises (CGPME). Le front patronal est ainsi relativement uni, même si cette unité est tempérée par l'existence d'assez nombreuses organisations patronales catégorielles, non rattachées aux précédentes. Les principales sont l'UPA (Union professionnelle artisanale), la FNSEA (Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles) et l'UNAPL (Union nationale des professions libérales).

§ 2 L'unité retrouvée du syndicalisme mondial

659 À l'instar du syndicalisme français, l'histoire du syndicalisme international est fortement marquée par l'histoire politique, les relations entre syndicats et mouvements politiques ayant longtemps oscillé entre revendications d'indépendance et influence réciproque.

Le syndicalisme international est aussi ancien que le syndicalisme. Les grandes fédérations constitutives de la CGT en 1895 étaient déjà, pour la plupart, partie d'organisations internationales. La première internationale, l'AIT (Association internationale des travailleurs) est fondée en 1864 sur des bases qui sont plus syndicales que politiques. Mais elle se disloquera progressivement, pour des raisons politiques, au cours des années 1870.

660 Il faudra attendre le lendemain de la Seconde Guerre mondiale, pour que, dans la célébration unitaire de la défaite du fascisme et du nazisme, se crée une fédération mondiale unitaire : la FSM (Fédération syndicale mondiale). Seule la CISC (Confédération internationale des syndicats chrétiens) reste à l'écart de ce regroupement. Mais cette confédération est alors très minoritaire (notamment du fait des persécutions qu'elle a subi pendant la guerre dans les pays germaniques, où elle était très implantée).

Cette unité retrouvée sera éphémère. La guerre froide ne tarde pas. Dès 1949, les syndicats qui entendent se démarquer du communisme stalinien fondent la CISL (Confédération internationale des syndicats libres). Il est vrai que les syndicats des régimes communistes n'ont alors plus grand-chose en commun les syndicats libres : ils sont le plus souvent des courroies de transmission du pouvoir central, lequel est aussi l'employeur... La CISL devient vite la principale organisation internationale de syndicats dans les démocraties occidentales. La FSM regroupe les syndicats des pays communistes, certains syndicats issus des pays décolonisés et quelques rares syndicats des pays développés démocratiques, marqués par l'idéologie communiste, dont la CGT française.

661 La FSM a progressivement été marginalisée avec la chute des régimes communistes, à partir de la fin des années 1980. La CGT se désaffilie en 1995. La CISC s'éloigne de ses références confessionnelles en 1968, en changeant de nom et en devenant la CSM (Confédération syndicale mondiale). Elle demeure cependant fortement marquée par le catholicisme social. En 2006 elle revendiquait un peu plus d'une vingtaine de millions d'adhérents contre environ cent cinquante millions d'adhérents pour la CISL.

Black plaque (461,1)

Lors d'un congrès fondateur qui s'est tenu du 1er au 3 novembre 2006, la CISL et la CSM ont fusionné pour donner naissance à la Confédération syndicale internationale (CSI). Cette nouvelle organisation réunifie le syndicalisme mondial, la FSM pouvant désormais être comptée comme quantité négligeable. 662

§ 3 Le syndicalisme européen

La Confédération européenne des syndicats, dont le premier noyau a été constitué de syndicats de la CISL désireux de se regrouper au niveau de la communauté européenne naissante, regroupe aujourd'hui l'essentiel des syndicats européens. Elle est le principal partenaire social côté salarié dans les négociations collectives menées au niveau de l'Union européenne. Elle ne se limite pas pour autant à l'Union européenne et regroupe des syndicats de plusieurs pays européens qui lui sont extérieurs. 663

Coté employeur, la négociation collective européenne est menée par « Business-Europe » pour les employeurs privés. Cet élégant patronyme désigne depuis le 23 janvier 2007, ce qui fut l'UNICE (Union des industries de la Communauté européenne). Les employeurs publics ou gestionnaires de services publics européens sont regroupés au sein du CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général). 664

section 2

Liberté syndicale

La liberté syndicale est la première des libertés du droit du travail. Elle a été reconnue avant toutes les autres. Elle est le premier moyen légal sur lequel les salariés ont pu s'appuyer dans leurs luttes. Elle est naturellement présente en bonne place dans toutes les conventions internationales qui traitent des droits fondamentaux du travailleur (v. not. au niveau mondial l'art. 8 du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels et au niveau européen l'art. 11 de la Conv. EDH et l'art. 5 de la Charte sociale européenne). Elle est encore présente au sein de la Constitution française (al. 6 du préambule de 1946). On doit enfin noter que la convention de l'OIT n° 87 sur la liberté syndicale est l'une des quelques conventions fondamentales reconnues comme impérative par l'OIT, même sans qu'elle ait été préalablement ratifiée par un État (déclaration de l'OIT du 19 juin 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail). 665

Toute entrave portée à la liberté syndicale est pénalement sanctionnée par l'article L. 481-2 du Code du travail (L. 2146-1 recod.), qui prévoit une peine de prison maximale d'un an. La discrimination d'un salarié en fonction de ses activités syndicales est elle aussi civilement et pénalement sanctionnée (v. n° 156 et s.).

À cette liberté syndicale originelle, qui est la liberté d'adhérer à un syndicat et de créer un syndicat, le droit de nombreux pays, et notamment le droit français, ont plus récemment associé une liberté syndicale dite « négative » : la liberté de ne pas adhérer à un syndicat et celle de se retirer d'un syndicat (loi du 27 avril 1956, art. L. 411-5 et L. 411-8 ; L. 2141-1 et L. 2141-3 recod.). 666

Black plaque (462,1)

Sur ce fondement, les pressions syndicales interdisant la sortie du syndicat (mises à l'index, pénalités...) sont considérées comme illicites. Sont *a fortiori* condamnées les clauses qui garantissent la force du syndicat en imposant à l'employeur de n'engager que des ouvriers déjà syndiqués (clauses de *closed shop*) ou qui s'engagent à adhérer au syndicat (clauses d'*union shop*). Ces clauses qui avaient pu être imposées dans des circonstances où le syndicat était fort, ont parfois laissé place à des pratiques allant dans le même sens, lorsque les rapports de force qui avaient pu conduire à leur adoption n'ont pas changé.

section 3

Notion de « syndicat »

667 Juridiquement, le syndicat professionnel est un type de personne morale spécifique, dont les caractéristiques et conditions de formation sont prévues par le Code du travail (art. L. 411-1 et s. C. trav. ; L. 2131-1 et s. recod.).

668 Cette personne morale *sui generis* a été créée par la loi du 21 mars 1884, vingt ans avant que ne soit reconnue la liberté d'association. Les syndicats ne sont pas seulement antérieurs aux associations, ils sont aussi dotés de protections et de droits particuliers.

669 Ces droits et avantages particuliers s'expliquent par la liberté syndicale que les syndicats permettent d'exercer au travers de leur objet particulier, à savoir la représentation et la défense d'intérêts collectifs d'ordre professionnel. Dès lors qu'ils sont reconnus représentatifs (v. n°s 677-688), les syndicats jouent dans la société professionnelle, un rôle qui n'est pas sans rappeler, *mutatis mutandis*, celui qui est dévolu aux partis dans la société politique. Ils présentent des candidats aux élections professionnelles et prud'homales. Ils ont pour mission de représenter un intérêt qui, s'il n'est pas l'intérêt général, n'en est pas moins un intérêt collectif qui dépasse celui de leurs membres. Et, lorsqu'ils regroupent des salariés, ils désignent des représentants dans les entreprises et participent à la division des pouvoirs en s'opposant aux grands pouvoirs économiques.

Il est dès lors essentiel de bien comprendre ce qui spécifie l'objet des syndicats, cet objet étant ce qui les distingue des autres personnes morales et donc ce qui leur permet de bénéficier des droits sus-décrits.

Le syndicat se définit autour d'une catégorie de personne (§ 1) et d'une finalité (§ 2).

§ 1 Membres

670 Un syndicat est une personne morale qui se caractérise d'abord par la catégorie de personnes dont il entend représenter les intérêts. Seules les personnes qui appartiennent à cette catégorie peuvent alors adhérer au syndicat. C'est ce que précise l'article L. 411-2 du Code du travail (L. 2131-2 recod.) : les syndicats professionnels regroupent des personnes « exerçant la même profession, des métiers similaires ou

Black plaque (463,1)

des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale ».

Les syndicats peuvent donc se constituer autour d'un métier (v. par ex. le syndicat national des pilotes de lignes ou syndicat national des inspecteurs d'assurance), ou autour de certaines catégories d'emploi (syndicats d'ingénieurs, de cadres...). Mais le plus souvent, ils sont organisés autour de « produits », ce qui permet de regrouper dans un même syndicat tous les salariés d'une entreprise, d'une industrie ou d'une branche d'activité et ce quel que soit leur métier (syndicats d'entreprise, syndicats d'industrie).

La qualité de syndicat, avec les protections et droits spécifiques qui s'attachent à cette qualité, seront refusés dès lors que l'adhésion est ouverte au-delà d'une branche d'activité (v. Crim. 14 juin 2000*, arrêt qui dénie la qualité de syndicat à un syndicat au champ trop largement défini par les « commerçants et entreprises commerciales » d'un département).

671 Mais cette exigence de spécificité n'interdit pas les associations entre syndicats. Certains syndicats restent cependant isolés, notamment les syndicats d'entreprise souvent dits « syndicats maisons ». Cet isolement nuit à leurs fonctions : composés exclusivement de salariés subordonnés à un même employeur et dépourvus de soutiens extérieurs, ils manquent souvent d'autonomie ou d'indépendance. Pour monter en capacité de résistance, les syndicats se sont pour la plupart, associés les uns aux autres. Les principaux syndicats sont aujourd'hui associés au sein d'unions locales (départementales et régionales), de fédérations (qui regroupent les syndicats d'une même branche d'activité ou de plusieurs branches, comme par exemple la Fédération de la métallurgie) et enfin au sein de confédérations (qui regroupent les fédérations).

672 La définition des personnes pouvant fonder un syndicat a pu sembler, à certains égards, trop restrictive. Elle a donc dû évoluer.

L'article L. 411-2 du Code du travail (L. 2131-2 recod.) exige que le syndicat soit formé par des personnes qui exercent une « profession ». Il est cependant apparu indispensable que les chômeurs et les retraités voient leurs intérêts représentés, et qu'ils puissent demeurer adhérents d'un syndicat ou adhérer à un syndicat. C'est ce qu'a prévu l'article L. 411-7 du Code du travail (L. 2141-2 recod.). L'existence d'organisations exclusivement composées de chômeurs a reçu une consécration légale par la reconnaissance de ces organisations qu'a réalisée la loi du 29 juillet 1998, en leur accordant un strapontin (art. L. 353-3 C. trav. ; L. 5411-9 recod.). Cet article, associé à l'article L. 411-7 précité (L. 2141-2 recod.) semble confirmer la possibilité de syndicats au sens strict, composés exclusivement de chômeurs.

673 Le texte de l'article L. 411-2 du Code du travail (L. 2131-2 recod.) n'interdit pas formellement à un syndicat de regrouper des employeurs et des salariés. Ce type de regroupement rappellerait cependant les corporations de l'Ancien Régime et les soi-disant « syndicats » organisés par le régime de Vichy. Un tel corporatisme est fermement rejeté par la pratique. La qualification de « syndicat » d'un pareil groupement pourrait au demeurant être contestée juridiquement, notamment au nom de la difficulté qu'il y a à défendre simultanément les intérêts des salariés et ceux de leurs employeurs, ce qui peut être grave dans un organisme dont la finalité, l'objet, est de défendre des intérêts.

§ 2 Objet

674 Les syndicats sont caractérisés par la spécificité de leur objet. Depuis la loi du 28 octobre 1982, celui-ci est formulé par l'article L. 411-1 du Code du travail (L. 2131-1 recod.) : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ».

L'adverbe « exclusivement » exprime clairement qu'un syndicat ne saurait aller au-delà des activités définies par l'article. Cependant la formule qui définit ces activités est large. Elle permet aux syndicats d'intervenir sur tous les aspects de la vie sociale qui touchent aux intérêts de leurs membres.

675 L'exclusivité exigée par le texte interdit toutefois aux syndicats de se livrer à des activités commerciales ou politiques à titre principal.

Ces interdictions doivent cependant être relativisées. Les syndicats peuvent être propriétaires de marques et de labels apposés sur des produits qui seront commercialisés par d'autres (L. 413-1 C. trav. ; L. 2134-1 C. trav.). Ils peuvent aussi adopter certaines résolutions politiques. Ce qui est surtout vrai dans une certaine tradition française.

Ils ne peuvent cependant avoir pour activité principale le commerce, ni « poursuivre des objectifs essentiellement politiques » (Ch. mixte 10 avril 1998, *Front National de la Police**). L'activité commerciale ou politique d'un syndicat ne peut donc qu'être seconde ou accessoire, l'objectif premier devant être la défense des personnes visées aux statuts.

676 Les syndicats, comme toute personne morale, doivent encore avoir un objet licite en vertu de l'article 1131 du Code civil. Il a ainsi été jugé qu'était dépourvu d'objet licite le Front national de la police, après avoir constaté que cette organisation « sert exclusivement les intérêts et les objectifs (du Front national) en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ». Un tel objet était illicite, ces distinctions étant prohibées (Ch. mixte 10 avril 1998, *Front National de la Police**, *préc.*). Il est à noter que la motivation retenue par la chambre mixte de la Cour de cassation pourrait conduire à la dissolution de l'organisateur initial de ce syndicat, à savoir le Front national.

section 4
Représentativité

677 Il est certaines prérogatives qui sont accordées à tous les syndicats, comme celles rattachées à la personnalité juridique ou au droit d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de la profession. Cependant, pour éviter un complet émiettement et surtout pour éviter que certaines prérogatives soient exercées par des syndicats factices, les prérogatives syndicales les plus importantes ont été réservées aux seuls syndicats dits « représentatifs ». Leur sont notamment réservés le droit de présenter des candidats aux élections professionnelles (v. n° 1080), de désigner des délégués

Black plaque (465,1)

syndicaux et des représentants syndicaux aux comités d'entreprise (v. n° 1103), ou encore celui, essentiel, de signer des conventions collectives (v. n° 722). Les syndicats représentatifs au niveau national et interprofessionnel ont en outre un certain nombre de prérogatives particulières : ils siègent dans diverses commissions, bénéficient d'aides particulières en matière de formation syndicale, etc.

La représentativité d'un syndicat est présumée de manière irréfragable pour certains syndicats (§ 1). Les autres syndicats doivent la prouver à chaque fois qu'elle est contestée (§ 2).

§ 1 Champ de la présomption irréfragable de représentativité

678 L'arrêté du 31 mars 1966, fixe une liste de cinq confédérations syndicales : la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC, et la CGC (sur l'histoire de ces confédérations, v. n°s 651-652). Ces cinq centrales sont les seules à bénéficier de la représentativité au niveau national et interprofessionnel, la représentativité de la CGC étant cependant limitée au collège des cadres. L'UNSA (v. n° 654) a tenté d'obtenir en justice la reconnaissance de sa représentativité nationale et interprofessionnelle, mais le Conseil d'État a rejeté cette demande, au nom de la trop faible audience de ce syndicat, notamment aux élections prud'homales (CE 5 novembre 2004, n° 257878, *Dr. soc.* 2004. 1098, concl. P.-H. Stahl).

679 L'enjeu de la représentativité nationale interprofessionnelle est considérable. La loi du 28 octobre 1982 précise que tout syndicat affilié à une organisation représentative à ce niveau est présumé irréfragablement représentatif (art. L. 412-4 C. trav. ; L. 2122-1 recod.), et ce quel que soit l'unité de représentation. Un syndicat affilié à une des grandes centrales susvisées pourra donc désigner des représentants syndicaux et signer des conventions collectives, même s'il n'a qu'un unique militant dans l'entreprise, et même si ce militant n'a recueilli que sa seule voix lors des précédentes élections au comité d'entreprise.

680 L'idée de la représentativité présumée est de préserver l'action syndicale de la menace constante d'un procès en représentativité, et de renforcer ainsi leur assise et leur possibilité d'influence.

Cette représentativité de papier a cependant présenté de graves inconvénients, surtout au temps où un syndicat présumé représentatif, même très minoritaire, pouvait signer seul une convention collective sans que les syndicats majoritaires ne puissent s'y opposer. L'abandon de cette solution par la loi du 4 mai 2004 (v. n° 734 et s. et n° 764 et s.) a permis de réduire ce danger de la représentativité présumée. Celle-ci n'en demeure pas moins discutée, au nom de la place un peu trop importante qu'elle peut permettre d'accorder à des syndicats très minoritaires, voire quasiment dépourvus d'implantation réelle dans telle ou telle unité de représentation.

§ 2 La représentativité prouvée

681 Les syndicats qui ne sont pas rattachés à l'une des confédérations représentatives au niveau national et interprofessionnel doivent prouver leur représentativité.

Black plaque (466,1)

La première règle qui doit alors être suivie est celle de la concordance. La représentativité n'est pas un caractère qui se prouve dans l'abstrait, en général ; elle doit être prouvée par rapport à une unité de représentation précise : celle dans laquelle le syndicat entend exercer ses prérogatives. Un syndicat qui veut désigner un représentant au comité central d'entreprise, devra apporter la preuve de sa représentativité dans le cadre de l'ensemble de l'entreprise, sa représentativité au sein d'un ou deux établissement ne suffisant pas ; pour désigner un délégué syndical d'établissement, il devra prouver sa représentativité au sein de l'établissement, etc. (v. Soc. 25 janvier 2006, trois arrêts, *Bull. civ.* V, n° 35 ; *Dr. soc.* 2006. 869-876, obs. G. Borenfreund).

Ainsi, pour les syndicats qui ne sont pas présumés de manière irréfragable représentatifs, la question de la preuve de la représentativité est un souci constant. D'autant que la preuve de la représentativité incombe au syndicat qui l'invoque (Soc. 26 septembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 299 ; Soc. 8 novembre 2006*).

■ 682 L'article L. 133-2 du Code du travail énumère cinq critères de représentativité : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté, l'attitude patriotique pendant l'occupation.

■ 683 Le dernier de ces critères a permis d'exclure les syndicats « jaunes », organes de discipline au profit des patrons plutôt qu'organes de défense des salariés, qui avaient été fondés ou soutenus par le régime de Vichy (les vrais syndicats avaient alors été interdits). Leur dissolution ordonnée à la libération ayant été fort efficace, la question ne se pose plus depuis longtemps. Ce critère, devenu inutile, a été supprimé à juste titre à l'occasion de la recodification (v. art. L. 2121-1 recod.).

Restent les quatre autres critères. Il s'agit d'éléments de preuve. Pour comprendre leur portée, il faut garder à l'esprit l'objet de cette preuve : il s'agit de prouver que le syndicat est bien à même d'exercer sa mission principale, à savoir défendre les intérêts des personnes qu'il vise dans ses statuts.

■ 684 Pour ce faire, il doit nécessairement être *indépendant*. Sinon, ce sont les intérêts des personnes sous la dépendance desquelles il se trouve qui seront défendus et non ceux qu'il est censé défendre. Le plus souvent, pour un syndicat de salarié, la question est de savoir s'il n'est pas plus ou moins sous la dépendance de l'employeur. La preuve d'éléments laissant à penser que le syndicat soutien ou est soutenu par l'employeur suffira à démonter l'absence de représentativité (pour un refus de reconnaître la représentativité d'un syndicat au motif qu'il recevait une subvention spéciale de l'employeur, v. Soc. 31 janvier 1973, *Bull. civ.*V, n°s 50 et 51).

■ 685 Pour être capable de défendre les personnes qui sont mentionnées dans ses statuts, le syndicat doit encore démontrer une certaine force, et donc des *effectifs* suffisants. Sur cette question l'exigence est d'intensité relativement faible, le taux de syndicalisation étant ce qu'il est. De plus, il est important d'admettre la représentativité dans l'entreprise de syndicats qui n'y ont que peu d'effectifs, afin de favoriser l'implantation des syndicats. Aussi la Cour de cassation admet-elle que la faiblesse des effectifs peut être « compensée par l'activité, l'audience, l'expérience et l'indépendance du syndicat » (Soc. 2 novembre 1993, pourvoi n° 92-60578).

■ 686 *L'expérience et l'ancienneté* sont des indices de crédibilité. Pour un syndicat de salariés, lorsqu'il s'agit de prouver son indépendance par rapport à l'employeur, des actes

Black plaque (467,1)

passés, une tradition de grève ou de défense des intérêts des salariés permettront une mise en confiance des juges dans la capacité de ce syndicat à exercer ses missions syndicales.

687 L'existence de *cotisations* substantielles est un signe nécessaire à la preuve de l'indépendance financière du syndicat : un syndicat dont les cotisations sont très peu onéreuses ou inexistantes tire nécessairement ses revenus d'autres moyens et l'on peut naturellement en déduire qu'il doit être plus ou moins sous la dépendance de son bailleur de fond. À moins qu'il se passe de moyens financiers. Mais alors ses capacités d'action et d'influence sont douteuses.

688 À ces quatre critères légaux, la jurisprudence en a ajouté un cinquième, celui de l'*audience*. Un syndicat de salarié qui a démontré son indépendance par rapport à l'employeur, son action en défense des salariés et qui a obtenu de bons résultats aux élections professionnelles dans le champ considéré a fait l'essentiel de ce qui est nécessaire à la preuve de sa représentativité dans ce champ. Son manque d'expérience et d'ancienneté sera alors de peu de poids. Ce qui est logique, si l'on veut permettre à de nouveaux syndicats de se créer.

section 5

Prérogatives

689 Les syndicats sont des personnes morales. Comme tels, ils peuvent notamment avoir un patrimoine et agir en justice en défense de leurs intérêts. Ils ont surtout certaines prérogatives particulières. Ils bénéficient de droits d'agir en justice au-delà de leurs intérêts propres (§ 1), du monopole de la négociation collective (v. n° 722) et d'une place institutionnelle qui leur est réservée dans les entreprises (§ 2).

§ 1 L'action en justice

690 Outre l'action en justice en défense de leurs intérêts directs, les syndicats ont deux types d'actions en justice supplémentaires.

691 Ils peuvent tout d'abord agir dans l'*intérêt collectif de la profession*. La solution est ancienne (Ch. réun. 5 avril 1913, *D.* 1914. I. 65 ; *S.* 1920. 1. 49, note A. Mestre). Il s'agit de la première prérogative spéciale importante reconnue aux syndicats. Et cette prérogative fut d'autant plus remarquable qu'à l'époque aucune faculté d'agir dans un intérêt collectif n'avait encore été accordée à une personne de droit privé.

Cette action dans l'intérêt collectif de la profession, souvent désignée sous le nom d'« action syndicale », permet notamment aux syndicats de se porter partie civile contre tout fait pénalement répréhensible ayant porté atteinte, directement ou indirectement, à l'intérêt collectif de la profession (solution confirmée par une loi de 1920 puis reprise à l'art. L. 411-11 C. trav. ; L. 2132-3 recod.).

L'intérêt collectif de la profession permet aux syndicats d'attaquer un employeur pour non-respect des règles en matière de durée et de répartition du temps de travail,

Black plaque (468,1)

de violation des règles de sécurité, etc. Cet intérêt collectif n'est pas toujours très éloigné de l'intérêt général, au nom duquel l'action publique est enclenchée.

Il conserve cependant d'étranges limites. Ainsi, les syndicats ne sont pas recevables à agir contre les délits d'abus de bien sociaux commis par les dirigeants de l'entreprise (Crim. 23 février 2005*) : représentant des intérêts des salariés, représentants des intérêts de la profession, intégrés au sein de certaines institutions de l'entreprise, ils n'en restent donc pas moins perçus comme des tiers qui n'ont pas d'intérêt direct dans la défense du patrimoine de l'entreprise. Mais il est vrai que cette possibilité de se porter partie civile dans de tels cas est aussi refusée aux comités d'entreprise et aux salariés, eux aussi traités comme des tiers à l'entreprise. Ce qui, au passage, permet de se faire une idée plus précise du concept juridique d'« entreprise ».

692 Malgré cette limite discutable, l'action en défense d'intérêts collectifs n'en demeure pas moins large. Elle a servi de modèle aux droits d'action en justice au nom d'intérêts collectifs qui sont aujourd'hui reconnus à certaines associations (association de lutte contre le racisme, de préservation de l'environnement...). Elle est aussi ouverte aux syndicats d'employeurs, lesquels furent au demeurant les premiers à en user. En droit du travail, ils peuvent notamment agir au nom de la concurrence déloyale que constitue dans la profession la violation par un employeur des garanties du droit du travail.

693 Les syndicats de salariés se sont, en outre, vu reconnaître le droit de plaider pour la défense des intérêts individuels des salariés. Cette action est désignée sous le nom d'« action de substitution ». Elle est une importante exception au principe de procédure civile selon lequel « nul ne plaide par procureur ». À la différence de l'action syndicale susvisée, cette action est subordonnée à la représentativité du syndicat.

694 L'action de substitution n'est pas générale. Elle est prévue dans un certain nombre de cas particuliers. Mais ces cas se sont peu à peu élargis et ils sont aujourd'hui relativement nombreux. L'action de substitution du syndicat est notamment autorisée :

– pour exiger l'application d'une convention collective à laquelle le syndicat est partie ;

– pour la défense de travailleurs considérés comme particulièrement faibles (travailleurs à domicile, étrangers, salariés sous contrat de travail à durée déterminée, intérimaires) ;

– lorsque les salariés sont victimes de certains agissement graves de l'employeur (discrimination, harcèlement, prêt de main d'œuvre illicite) ;

– dans des situations considérées comme particulièrement difficiles (licenciements économiques).

695 Ces actions de substitution sont même possibles au bénéfice de salariés qui ne sont pas membres de l'organisation. Ce qui est bien un signe de la générosité du syndicalisme à la française et de la mission générale de défense de tous les salariés qui est donnée aux syndicats. Seules les actions de substitution en faveur des travailleurs à domicile et pour l'application de la convention collective sont limitées à la défense des membres du syndicat (sans qu'aucune raison autre que l'empilement un peu chaotique des textes ne puisse expliquer cette différence).

Black plaque (469,1)

696 Dans tous les cas, l'action de substitution peut être intentée en lieu et place de la victime sans avoir à justifier d'un mandat de sa part. Mais celle-ci, dûment avertie, pourra s'opposer à l'action en justice déclenchée en son nom. Elle pourra aussi, bien entendu, intervenir personnellement à l'instance engagée.

§ 2 Le syndicat dans l'entreprise

697 La présence du syndicat dans l'entreprise a été organisée par la loi du 27 décembre 1968, autour de deux institutions principales : la section syndicale (A) et le délégué syndical (B). Le syndicat peut en outre présenter des candidats aux élections professionnelles (v. n° 1080), désigner des représentants aux comités d'entreprise et d'établissement, et participer à la désignation d'autres institutions représentatives (v. n° 1102 et s.).

A. La section syndicale

698 La section syndicale regroupe l'ensemble des salariés adhérents à un même syndicat dans une entreprise. Elle peut être constituée dans toute entreprise, sans condition de seuil : il suffit pour cela que des salariés de l'entreprise soient syndiqués.

699 Elle n'est pas détentrice de la personnalité morale (Soc. 22 mars et 18 juillet 1980, *Dr. soc.* 1980. 44, note J. Savatier ; Soc. 19 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 698). Mais elle est tout de même titulaire de droits et de fonctions. Cette possibilité qu'à la section syndicale d'être titulaire de droits légaux sans être détentrice de la personnalité juridique est une curiosité.

La fonction reconnue à la section syndicale est de représenter les intérêts des membres du syndicat (art. L. 412-6 C. trav. ; L. 2142-1 recod.). La section syndicale a en outre droit à un petit crédit d'heure global (qui va de 10 h par an au-dessus de 500 salariés à 15 h par an au-delà de 1 000 salariés : art. L. 412-20 al. 4 C. trav. ; L. 2143-16 recod.) et à un local si l'entreprise a plus de 200 salariés (art. L. 412-9 C. trav. ; L. 2142-8 recod.), local qui est commun aux différentes sections ou spécifique à chaque section dans les entreprises de plus de 1 000 salariés.

700 Les syndiqués qui forment la section syndicale reçoivent en outre un certain nombre de droits leur permettent d'exercer leur liberté syndicale dans l'entreprise. Quel que soit le seuil, ils bénéficient d'une liberté d'affichage sur un panneau réservé à cet usage, de la liberté de se réunir au moins une fois par mois dans les locaux de l'entreprise (art. L. 412-10 C. trav. ; L. 2142-10 recod.) et de la libre diffusion des publications et tracts aux heures d'entrée et de sortie.

701 Ces droits traditionnellement accordés sont cependant restés étonnamment fermés aux nouvelles technologies. La communication syndicale sur les emails des salariés de l'entreprise ou par une page réservée au sein de l'intranet de l'entreprise n'est pas de droit. L'article L. 412-8 alinéa 7 issu de la loi du 4 mai 2004 (L. 2142-6 recod.) prévoit simplement qu'une convention collective *peut* accorder ce droit aux syndicats et encore cette communication « doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne doit pas entraver l'accomplissement du travail ». L'*a contrario* de cet article est rude : en l'absence de

Black plaque (470,1)

convention collective (et donc si l'employeur s'y oppose), les moyens de communication moderne sont interdits aux syndicats dans l'entreprise.

Cette solution rétrograde est éminemment critiquable.

B. Le délégué syndical

■ 702 Le délégué syndical est désigné par le syndicat et ses fonctions cessent sur décision unilatérale de ce même syndicat (sur les conditions de cette désignation et de cette révocation, v. n°s 1103-1109). Il a une fonction simple dans l'entreprise : il représente son syndicat (art. L. 412-11 al. 1er, L. 2143-3 recod.). Il s'agit d'une représentation au sens civil du terme : le délégué syndical, par sa signature, engage juridiquement le syndicat dans son ensemble. C'est notamment au nom du syndicat qu'il conclut les conventions collectives d'entreprise (v. n° 760).

Pour exercer leurs fonctions, les délégués syndicaux disposent d'un crédit d'heures (sur les heures de délégation, v. n° 1119 et s.), de la faculté de s'absenter de leur poste de travail et de celle de se déplacer librement dans l'entreprise pendant leurs heures de délégation et en dehors de leurs heures de travail. Ils ont même le droit de s'entretenir avec les salariés à leur poste de travail, à la condition de ne pas apporter de gêne importante à leur travail (v. art. L. 412-17 C. trav. ; L. 2143-20 recod.). Ce qui signifie qu'une gêne légère est autorisée.

Ces droits accordés au délégué syndical sont essentiels à l'existence d'une véritable présence syndicale dans l'entreprise.

Black plaque (471,1)

Biblio

- G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991. 685-695.
- B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier (dir.), *Le syndicalisme salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2002, avec not. les contributions d'A. Arseguel (p. 7), P. Lyon Caen (p. 31), M. Grévy (p. 43), M.-A. Moreau (p. 59) et J.-M. Verdier (p. 81).
- G. Borenfreund, « La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions », (Soc. 25 janvier 2006, trois arrêts), *Dr. soc.* 2006. 869.
- J.-E. Ray, « Droit du travail et TIC(III) », *Dr. soc*. 2007. 423.

Documents

Audiences syndicales

Résultats des élections prud'homales de 2002, dans le collège salarié (les prochaines élections doivent avoir lieu en 2008)

– Abstentions : 67,3 %

– CGT : 32,1 % (2 548 sièges)

– CFDT : 25, 2 % (2 114 sièges)

– FO : 18,3 % (1 306 sièges)

– CFTC : 9,7 % (429 sièges)

– CFE-CGC : 7 % (482 sièges)

– UNSA : 5 % (161 sièges)

– Union syndicale solidaires : 1,5 % (51 sièges)

NB : Les conseils de prud'hommes sont composés paritairement de conseillers élus par les salariés et par les employeurs. Les résultats obtenus par les syndicats à ces élections sont une bonne mesure de l'audience des syndicats auprès des salariés.

Le taux d'abstention est important, mais il doit être relativisé. On peut le comparer, par exemple, à celui des dernières élections législatives, qui a été de l'ordre de 40 % aux premier et second tour, malgré une couverture médiatique et des enjeux d'un tout autre ordre de grandeur. À l'aune de cette différence de contexte, le taux d'abstention aux élections prud'homales quoique nettement plus élevé, n'apparaît pas déshonorant.

Black plaque (472,1)

Notion de syndicat

Crim. 14 juin 2000, *Bull. crim.*, n° 220, *Dr. soc.* 2000. 1017 obs. J. Savatier ; *D.* 2001. Somm. 822, obs. H. Tissandier

« Malgré sa dénomination, le syndicat des commerçants et entreprises commerciales du Cher, qui ne comprenait pas des personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale au sens de l'article L. 411-2 du Code du travail, ne constituait pas un syndicat ou une association professionnelle au sens de ce texte et qu'en l'absence d'habilitation légale et faute de justifier d'une atteinte directement portée par l'infraction aux intérêts collectifs de l'ensemble de ses membres, il n'était donc pas recevable à se constituer partie civile ».

Ch. mixte 10 avril 1998, *Front National de la Police*, *Bull. Ch. mixte*, n° 2 ; *D.* 1998. 389, note A. Jeammaud ; *Dr. soc.* 1998. 565, rapp. J. Merlin ; *JCP* E 1998. 1259, note J. Menjucq ; *Grands arrêts*, n° 117

« Par application combinée des articles 1131 du Code civil, L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail, un syndicat professionnel ne peut pas être fondé sur une cause ou en vue d'un objet illicite ; qu'il en résulte qu'il ne peut poursuivre des objectifs essentiellement politiques ni agir contrairement aux dispositions de l'article L. 122-45 du Code du travail et aux principes de non-discrimination contenus dans la Constitution, les textes à valeur constitutionnelle et les engagements internationaux auxquels la France est partie ;

Et attendu que l'arrêt attaqué, par motifs propres et adoptés, retient souverainement que le FNP n'est que l'instrument d'un parti politique qui est à l'origine de sa création et dont il sert exclusivement les intérêts et les objectifs en prônant des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ; qu'en l'état de ces énonciations, le moyen n'est pas fondé… »

NB : La Cour rejette le pourvoi formé contre la décision qui avait refusé la qualification de syndicat au FNP.

Représentativité

Soc. 13 avril 1999, *Bull.* V, n° 175

« Le tribunal d'instance, qui a constaté la faiblesse des effectifs du syndicat et son absence d'influence dans l'établissement, a pu décider, hors toute dénaturation, qu'il n'était pas représentatif ».

Soc. 8 novembre 2006, pourvoi n° 06-60002, *Bull. civ.* V, n° 335

« Attendu ensuite, que la décision du ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement reconnaissant la représentativité de la fédération des banques assurances et sociétés financières UNSA dans le champ d'application de la convention collective nationale de branche "sociétés d'assurances" ne permet pas à elle seule à ce syndicat qui ne figure pas sur la liste des organisations syndicales présumées représentatives au niveau national telle qu'elle résulte de l'arrêté du 31 mars 1996 de bénéficier de cette présomption ;

Black plaque (473,1)

Attendu, enfin, que le tribunal d'instance, qui a relevé que la Fédération n'avait pas produit de pièces ou d'éléments lui permettant de faire la preuve qu'elle était représentative au niveau de l'UES et des établissements concernés au regard des critères définis par l'article L. 133-2 du Code du travail, a motivé sa décision ».

Limites de l'action syndicale

Crim. 23 février 2005, pourvoi n° 04-83792, *Dr. soc.* 2005. 588, note. F. Duquesne

« Pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile de la Fédération générale CFTC des Transports et du Syndicat général des Transports CFTC, dans l'information ouverte des chefs d'abus de biens sociaux et abus de confiance, en raison, notamment, du détournement des sommes versées à la société Holco pour financer les besoins d'exploitation de sa filiale, la société d'exploitation AOM Air Liberté, l'arrêt attaqué énonce que les préjudices invoqués, en l'espèce indirects, qui auraient été portés à l'intérêt collectif de la profession ne se distinguent pas du préjudice, lui-même indirect, qu'auraient pu subir individuellement les salariés de l'entreprise et qu'il s'ensuit que les infractions précitées n'apparaissent pas comme ayant pu causer un préjudice quelconque à l'intérêt collectif de la profession en cause ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, sans méconnaître les dispositions conventionnelles et constitutionnelles invoquées ».

TITRE 8

Les conventions collectives

703 Fruit de l'accord des employeurs et des syndicats, les conventions collectives sont une source centrale du droit du travail. C'est de la créativité des négociateurs de ces conventions que sont issues nombre d'institutions et d'éléments essentiels du droit du travail. Même si elles sont devenues, pour les employeurs, un utile moyen pour écarter les protections légales (v. not. n° 75, n° 311 et s.), les conventions restent l'outil juridique par lequel les revendications des salariés peuvent accéder à la force obligatoire du droit, dès lors qu'elles sont acceptées par les employeurs.

704 Cette fonction essentielle explique l'existence d'un droit fondamental des salariés à la négociation collective. Ce droit est expressément prévu par certains traités (art. 6 de la Charte sociale européenne ; art. 4 de la Convention de l'OIT n° 98). Et ce droit a été compris, par le Conseil constitutionnel comme un droit de valeur constitutionnelle, situé à la croisée du droit à la participation des travailleurs, prévu à l'alinéa 6 du préambule de 1946, et de la liberté syndicale, prévue à l'alinéa 8 de ce même du préambule (Cons. constit. 6 novembre 1996*, document, chapitre 22).

705 Les conventions collectives sont des sources du droit spéciales. Elles ne sont ni simplement des contrats, ni simplement des règlements. À la manière des contrats, elles sont adoptées par le commun accord des parties qui ont préalablement négocié. À la manière des contrats, elles ne s'appliquent en principe qu'aux employeurs qui les ont signées directement ou par l'intermédiaire de leurs organisations mandataires. Mais, à la manière des règlements, la convention collective bénéficie à tous les salariés de son champ d'application, même s'ils ne sont pas parties à l'accord et, si elle est étendue, elle peut s'appliquer y compris aux employeurs qui ne sont ni signataires, ni membres d'une organisation signataire. Selon une formule de Paul Durand, les conventions collectives auraient une nature « duale », mi-contractuelle, mi-réglementaire. Eu égard à leur force obligatoire générale vis-à-vis des salariés et, surtout, eu égard à l'impossibilité de séparer la valeur du contrat et son effet relatif, il semble plus précis de dire que les conventions collectives sont des *règlements privés, adoptés par le commun accord des employeurs et des syndicats de salariés*.

706 Depuis une vingtaine d'années, la pratique de la négociation collective s'est considérablement développée, notamment par l'effet des obligations de négociation imposées aux employeurs et aux salariés. Sa fonction a, simultanément, profondément évolué : la convention collective peut, de plus en plus, être la voie d'une destruction

de protections des salariés et non plus seulement une voie de création d'avantages nouveaux, comme c'était le cas auparavant.

■ 707 Sa place dans la hiérarchie des normes se situe en principe entre les normes étatiques, (supérieures) et les contrats individuels (inférieurs). Ses rapports avec les autres normes du droit du travail ne sauraient cependant être aussi simplement résumés. De plus en plus, le législateur cède face au commun accord des négociateurs collectifs (v. n°s 74-75). Et les contrats individuels demeurent la source qui, souvent, résiste le mieux aux régressions ordonnées par les conventions collectives (v. n°s 76-77). De plus, les rapports entre conventions collectives, longtemps dominés par le principe d'application de la norme la plus favorable, ne sont plus ce qu'ils étaient. Désormais, le principe est que les conventions collectives dont le champ d'application est le plus petit, peuvent détruire les avantages des conventions collectives de plus grand champ d'application, les conventions d'entreprise pouvant, par exemple, détruire les avantages des conventions de branche (sur ce principe de hiérarchie inversée et sur ses limites, v. n°s 66-73).

■ 708 Les textes distinguent les « conventions collectives », qui ont vocation à traiter de l'ensemble du statut des salariés et les « accords collectifs », qui ont un contenu spécialisé sur une ou plusieurs questions précises. Cependant il ne s'agit pas de sources du droit distinctes : le régime juridique des unes et des autres est strictement le même. Ce qui vaut pour les unes vaut pour les autres. Par conséquent, par la suite, les expressions « conventions collectives » et « accord collectif » seront tenues pour équivalentes (v. déjà, chapitre 3, n° 52).

■ 709 Les conditions de formation, d'application et de disparition des conventions collectives font l'objet du titre III du Livre premier du Code du travail (Livre II de la 2e partie recod.). La formation de ces conventions collectives, leurs conditions de validité et leur champ d'application sont des questions indissociables (chapitre 22). Afin d'éviter la brusque disparition de ce pan du statut collectif que forment les conventions collectives, des règles entourent précisément la disparition de ces conventions (chapitre 23).

Black plaque (477,1)

chapitre

22

Formation et champ d'application des conventions collectives

Black plaque (478,1)

Plan analytique

section 1

Règles générales

§ 1 Du côté des employeurs

A. Les principes : libertés et effet relatif

B. L'exception : les conventions collectives étendues

§ 2 Du côté des salariés

§ 3 Formes et publicité

section 2

Négociation et conclusion des conventions de branche

§ 1 Exigences sur la partie salariale

A. Le principe

B. L'exception

§ 2 L'extension d'une convention collective

A. Conventions susceptibles d'extension

B. L'arrêté d'extension

§ 3 L'élargissement d'une convention collective

§ 4 Les obligations de négocier

section 3

Négociation et conclusion des conventions d'entreprise

§ 1 Les négociateurs

A. Le principe

B. L'exception

§ 2 Exigence sur la partie salariale

A. Le principe : la majorité d'opposition

B. L'exception : la majorité d'adhésion… sauf référendum

C. En cas de carence d'élections professionnelles

D. En l'absence de délégué syndical

E. Un système à perfectionner et à simplifier

Black plaque (479,1)

§ 3 La négociation obligatoire dans l'entreprise

A. Organisation de la négociation annuelle

B. Domaine de la négociation annuelle

C. Les autres négociations obligatoires

D. Sanction des négociations obligatoires

section 4

Négociation et conclusion de conventions de groupe

section 5

Champ d'application

§ 1 Situation géographique

§ 2 Activité principale

Black plaque (480,1)

710 Qui peut valablement signer une convention collective ? À qui s'applique une convention collective ? Ces questions sont liées. Pour comprendre ce lien, il faut tout d'abord poser quelques principes généraux (section 1). Il sera alors possible d'approfondir un certain nombre de difficultés plus spécifiques. Seront alors successivement étudiées, les règles qui président à la négociation et à la conclusion des conventions collectives de branche (section 2), puis celles relatives à la négociation et à la conclusion des conventions collectives d'entreprise (section 3) et de groupe (section 4). Seront ensuite abordées quelques difficultés relatives aux champs d'application professionnel et géographique des conventions collectives de branche (section 5).

section 1

Règles générales

711 *Tout employeur ou groupement d'employeur* peut, en principe, signer valablement une convention collective. En revanche, du côté des salariés, seuls les *syndicats représentatifs* peuvent signer une convention, et encore cette signature n'est efficace que sous réserve du respect de règles complexes, qui introduisent un peu de principe majoritaire. Les exigences sont donc beaucoup plus grandes pour les uns que pour les autres. Ceci s'explique très facilement, par la teneur des conventions collectives et par les règles qui fixent le champ d'application des conventions collectives. Après avoir étudié les rapports que les employeurs entretiennent avec la négociation collective (§ 1), nous irons observer ce qui se passe du côté des salariés (§ 2). Il sera alors temps de préciser les règles de forme et de publicité exigées pour toute convention collective (§ 3).

§ 1 Du côté des employeurs

712 Il existe deux principes indissociables, celui de la liberté de la partie patronale et celui de l'effet relatif des conventions à leur égard (A). Et il existe une exception d'importance à ces principes : celui de la convention collective « étendue » (B).

A. Les principes : liberté et effet relatif

713 Du côté des employeurs, il n'existe aucune limitation quand à la capacité de conclure des conventions collectives, ni aucune interdiction sur la détermination du champ d'application d'une convention.

Black plaque (481,1)

714 Une convention collective peut être signée par n'importe quel employeur ou groupement d'employeurs.

Elle peut être signée par un employeur seul (convention d'entreprise, convention d'établissement) ou par plusieurs employeurs.

Elle peut aussi être signée par un groupe de sociétés. Dans ce dernier cas, la signature de l'entreprise dominante et de quelques représentants des sociétés dominées emporte signature de toutes les entreprises du groupe ou de celles qui sont désignées dans l'accord (art. L. 132-19-1 C. trav. ; L. 2232-31 recod.).

Une convention collective peut encore être signée par un syndicat d'employeurs ou par une association d'employeurs, comme l'est le MEDEF (art. L. 132-2 C. trav. ; L. 2231-1 recod.). Les membres de ces syndicats ou associations sont alors supposés avoir donné mandat pour conclure en leur nom des conventions collectives. Ce mandat est un mandat de type civil : l'organisation d'employeurs signataires de la convention collective représente juridiquement ses membres. Ceux-ci sont donc considérés comme des parties à l'accord, dès lors que leur organisation a signé.

715 À la multitude des signataires possibles correspond une multitude de champs d'application possibles. Une convention peut stipuler qu'elle s'applique à un établissement, à une entreprise, à un site, à un département, à une région, à une branche d'activité, à une partie de branche, à plusieurs branches d'activité, à toutes les branches, aux seuls VRP, etc.

716 Ces libertés de champ et de signataires ont une justification qui est aussi leur limite : les conventions collectives ont, en principe, un *effet relatif quand à la partie patronale* (à la manière des contrats) : seuls sont liés par une convention collective les employeurs qui l'ont personnellement signée, directement ou par l'intermédiaire d'une organisation patronale dont ils sont membres.

Cet effet relatif explique la liberté laissée quant à la partie patronale à la convention. N'importe quel employeur peut signer, parce qu'il n'engage que lui. N'importe quel groupement d'employeurs peut signer, parce qu'il n'engage que ses membres. N'importe quel champ d'application peut être stipulé, parce que seuls seront touchés les employeurs de ce champ qui ont adhéré, directement ou indirectement, à la convention.

Ainsi, la convention collective qui précise qu'elle s'applique à la branche de la boulangerie, dans le département du Rhône, ne sera impérative que vis-à-vis des boulangers du Rhône qui sont parties à la convention, soit parce qu'ils l'ont signée personnellement, soit parce qu'ils sont membres d'une organisation patronale signataire. Les autres employeurs du secteur, ceux qui ne sont ni signataires, ni membres d'une organisation signataire, ne sont pas soumis à la convention collective.

717 Le mandat qui unit l'organisation patronale à ses membres fait l'objet de quelques règles. L'adhésion à une organisation qui a déjà signé une convention fait immédiatement entrer dans le champ d'application de cette convention (art. L. 135-1 C. trav. ; L. 2262-2 recod.). Et cet effet impératif ne cesse pas avec la démission de l'organisation signataire (art. L. 135-1 C. trav. ; L. 2262-3 recod.). En revanche, lorsqu'elle signe, une organisation patronale peut réserver la portée de cette signature à certains seulement de ses membres, à ceux qui lui ont donné mandat exprès par exemple (Soc. 29 avril 1985, *Bull. civ.* V, n° 262 ; *D.* 1988. Jur. 231, note G. Borenfreund).

Black plaque (482,1)

718 Le principe de l'effet relatif vis-à-vis de la partie patronale explique la liberté de détermination du champ d'application et l'indifférence sur les qualités des organisations patronales signataires. Mais il présente un inconvénient majeur, qui a conduit à la mise en place d'une importante exception : la convention collective étendue.

B. L'exception : les conventions collectives étendues

719 Lorsqu'une convention collective prévoit certains avantages dans un champ d'application donné (comme la boulangerie du Rhône), ces avantages ne bénéficient pas à tous les salariés de ce champ. Seuls en bénéficient les salariés dont l'employeur est signataire ou membre d'une organisation signataire. L'employeur qui n'adhère pas et qui n'adhère à aucune organisation patronale signataire pourra continuer à ne pas appliquer la convention collective.

Il peut en résulter non seulement un sentiment d'injustice des salariés concernés, mais encore une distorsion des conditions de la concurrence. Dans le même secteur d'activité, dans la même circonscription géographique, certains employeurs assumeront le coût des avantages sociaux conventionnels, alors que d'autres en sont exemptés. Et ce alors que ces employeurs sont directement concurrents.

720 Pour éviter ces inconvénients, une très importante exception au principe de l'effet relatif a été prévue : un arrêté ministériel peut « étendre » une convention collective. La convention collective alors « étendue », s'appliquera à *tous* les employeurs de son champ professionnel et territorial, même s'ils ne sont ni signataires, ni membres d'une organisation signataire. L'arrêté ministériel d'extension permet ainsi, par la force du droit étatique, de générer un effet réglementaire vis-à-vis de l'ensemble des employeurs d'un champ considéré. Si ce champ est la France entière et toutes les professions, la convention alors dite « nationale interprofessionnelle étendue », pourra avoir le même champ d'application qu'une loi.

721 Lorsqu'il est question d'extension d'une convention collective, logiquement, l'indifférence quand aux qualités de la partie patronale s'arrête. Une norme qui a vocation à s'imposer à tous les employeurs d'un champ considéré ne peut être issue d'un accord avec n'importe quel groupement d'employeurs. Pour qu'une convention collective soit susceptible d'extension, elle devra avoir été signée par des organisations patronales « représentatives », au sein d'une commission paritaire, et devront être respectées quelques règles qui introduisent sinon un peu de principe majoritaire, du moins des lourdeurs procédurales spéciales si l'on veut étendre une convention collective qui n'est pas signée par toutes les organisations patronales représentatives du secteur (sur la conclusion des conventions collectives susceptibles d'extension, v. n°s 744-746).

§ 2 Du coté des salariés

722 La première règle est que les syndicats ont le monopole de la négociation collective (art. L. 132-2 C. trav. ; L. 2231-1 recod.). Sauf rares exceptions (v. n° 778) les actes conclus par l'employeur avec un comité d'entreprise, un comité de grève, des délégués du personnel, ou encore un acte ratifié par référendum, ne sont pas des conventions collectives s'ils n'ont pas été, en outre, signés par le représentant d'un syndicat représentatif (v. not. Soc. 25 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 104). La pratique ne

Black plaque (483,1)

s'étant jamais arrêtée au droit, il a fallu trouver un cadre juridique pour tous ces actes négociés et conclus, et qui ne sont pas des conventions collectives. Après quelques hésitations, la jurisprudence les a logiquement rangés dans la catégorie des engagements unilatéraux de l'employeur (v. n° 141) : le monopole de la négociation collective ayant été accordé aux syndicats, les signatures des représentants du personnel ou celle d'un informel comité de grève sont sans valeur. Ne reste alors que la signature de l'employeur.

723 Dès lors qu'un employeur doit l'appliquer, une convention collective s'applique à *tous* ses salariés (sauf si elle stipule expressément qu'elle ne s'applique qu'à une catégorie de salariés, ce qui est exceptionnel).

Or les salariés ne sont pas signataires de la convention. Ils ne sont pas non plus représentés, au sens civil, par les syndicats signataires. En droit français, les syndicats ne sont pas les mandataires de leurs adhérents lors de la négociation collective. Ils ne sont pas non plus, *a fortiori*, les mandataires des salariés qui n'ont même pas adhéré au syndicat et qui bénéficient quand même de la convention collective.

Pour résumer, les salariés ne sont pas parties à la convention collective. Ce qui produit plusieurs conséquences.

724 La première est qu'en principe une convention collective ne peut pas contenir d'obligations nouvelles à la charge des salariés (v. n° 77).

725 La seconde est qu'il est exclu que n'importe quel groupement de salariés puisse signer valablement et suffisamment une convention collective. Le signataire côté salarié doit avoir une légitimité suffisante pour que l'effet sur tous les salariés soit fondé. Aussi certaines qualités sont requises pour signer valablement et efficacement une convention collective du côté des salariés.

Seul un « syndicat » peut signer valablement une convention collective (sur la notion de syndicat, v. n°s 667-676) et, depuis la loi du 13 juillet 1971, le syndicat doit de plus être « représentatif » (sur la notion de représentativité, v. n°s 677-688).

726 Ces deux limites, relativement peu contraignantes, datent d'une période où les conventions collectives ne pouvaient que créer des avantages au profit des salariés. Or, depuis une vingtaine d'années, les cas dans lesquels les conventions collectives peuvent écarter des protections légales se sont multipliés. Ainsi, notamment, les protections applicables en matière de durée et de répartition du temps de travail peuvent être très largement détruites par des conventions collectives (v. n° 311 et s.). Dans ces conditions, il n'était plus acceptable qu'un syndicat représentatif, qui peut être très minoritaire, puisse suffire, coté salarial, à la validité d'une convention collective. Un certain nombre de règles limitatives ont donc été intégrées, en particulier depuis la loi du 4 mai 2004 (v. pour les conventions de branches, n°s 734-740 et pour les conventions d'entreprise, n°s 764-772).

§ 3 Formes et publicité

727 Les conventions collectives sont des règles de droit, et nul n'est donc censé les ignorer. Pour que cette présomption ait un peu de sens, encore faut-il que les conventions collectives puissent être connues.

Pour cela certaines règles ont été fixées.

Black plaque (484,1)

728 La convention collective est, à peine de nullité, un acte écrit (art. L. 132-2 C. trav. ; L. 2231-3 recod.). Seules les clauses rédigées en français sont opposables aux salariés (L. 132-2-1 C. trav. ; L. 2231-4 recod.).

La convention fait l'objet d'un dépôt à la direction départementale du travail du lieu où les parties ont conclu leur accord. Ce dépôt doit comprendre un exemplaire papier et un exemplaire électronique (art. R. 132-1 C. trav.). Les conventions de branche et les conventions interprofessionnelles doivent en outre être déposées aux services centraux du ministère du Travail (art. R. 132-1 C. trav.). Les conventions étendues font l'objet d'une publicité particulière, au moment de leur publication au *Journal officiel* (elles sont en principe disponibles sur le site legifrance.fr). Ces différents dépôts sont autant de lieux où les particuliers peuvent consulter une convention collective.

Toutes les conventions doivent enfin être déposées au secrétariat greffe du conseil de prud'hommes du lieu de leur conclusion (art. L. 132-10 al. 2 C. trav., recodifié en D.). Les juges et conseillers qui devront appliquer les conventions pourront ainsi en avoir directement connaissance.

729 L'employeur doit en outre réaliser quelques mesures de publicité à destination des salariés de l'entreprise (art. L. 135-7-II C. trav., recodifié en D.). Il doit :

– remettre une notice mentionnant la convention aux salariés embauchés ;

– communiquer un exemplaire des différentes conventions applicables aux différents représentants du personnel et aux délégués syndicaux. Ce qui permet au salarié d'avoir un moyen facile d'en obtenir communication : il suffit de la demander aux représentants du personnel, s'il y en a ;

– afficher un avis sur lequel il mentionne qu'il tient une convention collective à la disposition des salariés, en précisant le lieu de sa consultation. Mais ce n'est pas toujours le lieu de consultation le plus simple : il faut demander à l'employeur de consulter la copie, ce qui peut être mal vu ;

– mettre un exemplaire sur l'intranet, lorsqu'il en existe un. Ce qui permet une consultation nettement plus facile.

Ainsi les règles de publicité sont assez complètes et un salarié qui souhaite se renseigner sur ses droits conventionnels doit pouvoir le faire relativement facilement.

730 Cependant, curieusement, les règles de publicité imposées à l'employeur sont laissées à la libre appréciation des parties à la négociation collective (art. L. 135-7 II C. trav. ; L. 2262-5 recod.). Les règles susvisées de l'article L. 135-7 II, qui sont pourtant soit de bon sens, soit indispensables (comme la communication sur l'intranet), peuvent ainsi être supprimées. Les négociateurs pourraient ainsi, théoriquement, prévoir une convention collective relativement occulte. Ce qui n'a pas de sens. On peut espérer qu'une telle solution ne sera guère acceptée par les syndicats de salariés signataires. Encore que tout soit parfois possible dans certaines petites et moyennes entreprises...

Demeurera, en toutes hypothèses, l'information que doit receler le bulletin de paie : la convention collective de branche applicable doit être mentionnée dans ce bulletin (art. R. 143-2 C. trav.).

731 La violation des différentes obligations de publicité et de dépôt rend la convention collective inopposable aux salariés. Ceux-ci pourront toutefois en réclamer les

Black plaque (485,1)

bénéfices. L'employeur sera en outre civilement responsable du défaut d'information (Soc. 19 mai 2004, *Bull*. V, n° 134).

section 2

Négociation et conclusion des conventions de branche

732 Du côté patronal, il n'existe pas de condition particulière pour que soit valide une convention de branche. À la rigueur, une telle convention peut fort bien être conclue par un ou deux employeurs. De toute manière, la convention ne s'appliquera qu'aux signataires et membres des organisations signataires. L'exigence d'une organisation d'employeurs représentative au niveau de la branche est réservée aux conventions collectives susceptibles d'extension (§ 2).

733 En revanche, côté salarié les enjeux sont importants : les salariés concernés ne sont pas parties à la convention : ils ne sont ni signataires, ni représentés. Au moins leurs intérêts doivent-ils pouvoir être défendus par des organisations représentatives, en évitant que la voix d'un petit syndicat minoritaire soit prépondérante. Les exigences du droit ne vont pas, toutefois, jusqu'à imposer l'accord préalable des organisations syndicales majoritaires (§ 1).

§ 1 Exigences sur la partie salariale

734 Depuis la loi du 4 mai 2004, les règles (complexes) sont les suivantes. Il existe une solution de principe (A), assez peu satisfaisante et une exception (B), *a priori* relativement difficile à réaliser, mais qui est nettement préférable.

A. Le principe

735 Le principe est le suivant. Une convention collective de branche peut être signée par n'importe quel syndicat de salariés représentatif au niveau de la branche, même isolé, même ultra minoritaire. Il existe simplement un droit d'opposition accordé à la *majorité des organisations syndicales représentatives* dans le champ considéré (art. L. 132-2-2 I et II *in fine* C. trav. ; L. 2232-2 et L. 2232-7 recod.). Le délai pour faire opposition est de quinze jours à compter de la notification de l'accord (art. L. 132-2-2 I C. trav. ; L. 2232-2 recod.).

736 Si, par exemple, il y a cinq syndicats représentatifs dans la branche, l'opposition devra émaner de la majorité de ces syndicats, soit de trois syndicats. Il se peut que la convention ait été signée par un unique syndicat représentatif, ayant recueilli 1 % des voix aux dernières élections aux comités d'entreprises ou aux délégués du personnel dans la branche (autrement dit aux « élections professionnelles »). La convention n'en est pas moins valable, sous réserve d'opposition.

Black plaque (486,1)

Il se peut que, dans cette branche, deux syndicats aient recueilli ensemble 80 % des voix lors des élections. Mais ils ne sont que deux sur cinq. Ils ne sont donc pas la majorité *des syndicats*. Ils ne peuvent donc pas faire opposition seuls, malgré le fait qu'ils représentent 80 % des salariés. Si les deux autres syndicats non signataires répugnent à se joindre aux deux gros syndicats et qu'ils préfèrent rester attentistes (pour ne pas prendre parti...), ou bien simplement s'ils sont un peu lents et s'ils laissent passer le délai de quinze jours, alors les deux gros syndicats resteront totalement impuissants. La convention de branche sera définitivement adoptée, par la signature du syndicat ultra-minoritaire et par la grâce de l'abstention de deux petits syndicats qui rassemblent ensemble 19 % des voix, et malgré l'opposition résolue des syndicats très largement majoritaires. Dans un tel exemple, on le voit, la règle retenue est très loin d'un principe majoritaire véritablement démocratique, lequel donnerait le droit de conclure la convention aux seuls syndicats ayant recueilli la majorité des voix.

Au niveau national interprofessionnel, dès lors qu'il s'agit de régir tous les salariés et non pas seulement les cadres, seules quatre confédérations sont reconnues représentatives : la CGT, la CFDT, la CGT-FO et la CFTC. Il faudra, pour que l'opposition soit efficace, réunir trois de ces quatre centrales contre l'accord. Et elles ont quinze jours pour s'entendre. Il suffit donc d'une signature et d'une abstention pour que la convention soit définitive. La possibilité d'un accord interprofessionnel fortement minoritaire et néanmoins applicable est donc pleinement préservée. Et ce caractère minoritaire n'interdira pas à la convention d'être étendue (v. n° 747).

■ 737 Au niveau des branches, il est possible de conclure un accord qui adopte un système un peu plus acceptable (v. ci-dessous). Mais au niveau interprofessionnel aucune exception n'est admise (art. L. 132-2-2 I C. trav. ; L. 2232-2 recod.). Il est possible d'être un peu plus démocratique lorsque cela n'a pas trop d'importance. Mais, lorsqu'il s'agit de négociation d'un niveau qui peut rivaliser avec la loi, lorsqu'il s'agit de l'essentiel, de la négociation nationale interprofessionnelle, l'application d'une démocratie plus aboutie a été prohibée.

B. L'exception

■ 738 Une convention collective de branche étendue, conclue suivant la méthode décrite ci-dessus, peut prévoir un autre système dans lequel le principe majoritaire sera mieux respecté. Cet autre système s'appliquera pour les futures négociations qui se tiendront dans la branche considérée.

Un syndicat représentatif ultra-minoritaire au niveau de la branche pourra toujours signer seul la convention. Simplement, cette fois, l'opposition pourra être exercée non par la majorité des syndicats, mais par le ou les syndicats qui représentent la *majorité des salariés*.

Le texte prévoit alors deux systèmes possibles pour savoir quels sont les syndicats qui représentent la majorité des salariés (art. L. 132-2-2 II, a) et b) C. trav. ; L. 2232-6 I, 1° et 2° recod.). Le premier est de se référer aux résultats des élections professionnelles (*ie* au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel). Le second est d'organiser un scrutin spécial dans la branche, scrutin qui aura pour finalité de dire quels sont les syndicats qui peuvent s'opposer à une convention collective de branche.

Black plaque (487,1)

Ces deux systèmes sont nettement plus respectueux du principe majoritaire. Dans l'exemple précédent (n° 736), un syndicat pourra faire opposition seul, s'il a recueilli plus de 50 % des voix aux élections, même si les quatre autres syndicats ont signé la convention de branche.

739 Il faut toutefois noter qu'il ne s'agit que d'un système de majorité d'opposition : le syndicat majoritaire peut s'opposer. Il ne s'agit pas d'un système de majorité d'adhésion dans lequel seul le ou les syndicats majoritaires pourraient valablement conclure la convention. Les systèmes de majorité d'opposition sont des systèmes dans lesquels il reste possible de faire passer une convention collective sans l'appui des syndicats majoritaires : il suffit que ceux-ci hésitent une quinzaine de jours, ou qu'ils aient la force de ne pas signer, sans avoir celle de s'opposer (ce qui n'est pas une hypothèse d'école). Les systèmes de majorité d'adhésion ne sont admis que pour les conventions de moindre importance, celles pour lesquelles l'employeur a des moyens de pression plus directs : les conventions d'entreprise (v. n°s 771-772).

Il demeure que lorsque l'opposition est entre les mains des syndicats ayant recueilli la majorité des voix des salariés, le système est un peu plus démocratique que le système de principe.

740 Il faut cependant rappeler que ce système un peu plus démocratique est exclu pour les accords interprofessionnels. Et, dans la branche, il n'est possible que si une convention de branche antérieure l'a prévu et qu'elle a été étendue. En d'autres termes, pour que le syndicat majoritaire puisse s'opposer, il faut que les petits syndicats minoritaires l'aient préalablement accepté (et que le ministre ait étendu la convention).

Pour bien comprendre ce que cela suppose, on peut reprendre l'exemple d'une branche comprenant cinq syndicats représentatifs, avec un de ces syndicats qui serait à lui seul majoritaire. Pour que ce syndicat puisse s'opposer, il faut qu'une convention de branche étendue ait préalablement accepté cette faculté d'opposition. Cette précédente convention a dû obéir aux règles de conclusion de principe (opposition de la majorité des syndicats). Il faut donc que les quatre petits syndicats se soient dessaisis de leur capacité à faire des conventions collectives seuls et qu'ils aient bien voulu accorder un droit de véto au gros syndicat. Pareille abnégation, pareil abandon de pouvoir n'est pas impossible. Disons simplement qu'il est relativement improbable.

§ 2 L'extension d'une convention collective

741 Une convention collective étendue s'applique à tous les employeurs de son champ d'application géographique et professionnel. Elle s'impose donc aussi aux employeurs qui ne sont ni signataires, ni membres d'une organisation patronale signataire.

Pour être étendue (B), une convention doit commencer par être susceptible d'extension (A).

A. Conventions susceptibles d'extension

742 Pour être susceptible d'extension une convention collective doit commencer par être valide (v. ci-dessus). Deux conditions supplémentaires sont requises.

743 La première est celle du contenu de la convention : celui-ci doit être très complet et toucher aux différents aspects du statut des salariés. À cette fin, une liste de points à traiter obligatoirement est fixée par l'article L. 133-5 du Code du travail pour les conventions de branches nationales (art. L. 2261-22 recod.). Cette liste s'impose aussi pour les conventions d'un autre niveau territorial, si aucune convention nationale n'a été conclue dans la branche considérée (art. L. 133-6 C. trav. ; L. 2261-23 recod.). L'article L. 133-7 du Code du travail (recodifié en R.) rajoute quelques exemples de points qui peuvent être traités par ces conventions, sans que la liste soit limitative.

Ces règles ont un rôle essentiellement incitatif. Tout d'abord, les points prévus dans la liste impérative doivent être traités, rien n'indique qu'ils doivent contenir tel ou tel type d'avantage : une simple reprise des dispositions légales ou jurisprudentielles peut suffire. Ensuite, rien n'interdit aux négociateurs de procéder par négociation d'accords précis, puis de solliciter l'extension pour un bouquet d'accords. Enfin, l'article L. 133-11 (L. 2261-27 recod.) du Code du travail prévoit qu'une convention collective lacunaire peut tout de même être étendue, en cas d'avis favorable en ce sens de la commission nationale de la négociation collective et en l'absence d'opposition à l'extension de deux organisations représentatives des employeurs ou de deux syndicats représentatifs des salariés.

744 La seconde condition pour qu'une convention collective soit susceptible d'extension est qu'elle ait été conclue au sein d'une commission paritaire de négociation. Ces commissions sont dites « paritaires », parce qu'elles réunissent des représentants des syndicats de salariés et des organisations d'employeurs. Seules les organisations représentatives au niveau de la branche et du champ territorial considéré sont conviées, du côté des salariés comme du côté des employeurs.

Ces commissions mixtes peuvent être organisées et présidées par un représentant du ministère du Travail. Les commissions de négociation comptent alors des représentants des organisations privées et un représentant de la puissance publique : pour cette raison elles sont dites « mixtes ». On parle alors de « commissions mixtes paritaires ».

745 Les commissions mixtes paritaires sont organisées par le représentant de l'État. Celui-ci peut diligenter une enquête pour déterminer la représentativité d'une organisation qui ne serait pas affiliée à l'une des organisations présumées représentatives au niveau national. Il fixe l'importance des délégations composant la commission. Il convoque les organisations représentatives.

Celles-ci sont tenues d'envoyer un représentant. Si elles ne le font pas, le représentant de l'État les convoque à nouveau (art. R. 133-3 ct), et si elles continuent à rester immobiles sans raison valable, elles peuvent être condamnées à l'amende prévue pour les contraventions de 5e classe (art. R. 153-3 C. trav.) soit 1 500 euros ou 3 000 euros en cas de récidive. La mise en place d'une commission mixte paritaire créée donc une obligation de négocier.

Une commission mixte paritaire *peut* être réunie à l'initiative du ministère. Elle *doit* être organisée par celui-ci, si deux organisations d'employeurs ou deux syndicats de salariés le demandent (art. L. 133-1 al. 2 C. trav. ; L. 2261-20 C. trav. recod.).

On le comprend dès lors aisément : en pratique, la plupart des négociations de branche ont lieu en commission mixte paritaire. La réunion d'une telle commission est un atout important pour amener à la table des négociations un partenaire réticent. Et elle permet de simplifier tous les débats qui pourraient bloquer la mise

Black plaque (489,1)

en œuvre d'une telle négociation. Dès lors, très souvent, on trouvera au moins deux organisations de salariés ou d'employeurs pour demander la mise en place de cette commission.

L'existence de ces commissions mixtes paritaires est probablement l'une des principales raisons qui expliquent l'exceptionnel pourcentage de salariés qui bénéficient en France d'une convention collective (plus de 90 %).

746 Elles expliquent aussi que le contentieux de la représentativité des syndicats de salariés ou des organisations patronales au niveau des branches soit, quasi systématiquement, un contentieux administratif. C'est en effet le représentant de l'État, lorsqu'il organise ces commissions, qui décide de qui est représentatif au niveau de la branche, éventuellement après enquête. La contestation de cette décision administrative déclenche naturellement un contentieux administratif sur la représentativité (v. par ex., à propos de la contestation du caractère représentatif d'une organisation patronale, CE 24 juin 1987, n° 77297, *Lebon*, p. 233).

B. L'arrêté d'extension

747 L'arrêté d'extension est un arrêté du ministre du Travail. Il doit être précédé de l'avis de la commission nationale de la négociation collective, commission qui regroupe au niveau national et interprofessionnel des représentants de l'État et des syndicats et organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel (art. L. 136-1 C. trav. ; L. 2272-1 recod.).

Le ministre peut étendre une convention collective qui n'a pas été signée par toutes les organisations représentatives ou qui ne contient pas toutes les mentions obligatoires, pour cela il lui suffit de demander à nouveau l'avis de la commission nationale de la négociation collective (éventuellement à deux reprises : v. art. L. 133-11 C. trav. L. 2261-27 recod.).

748 Le ministère du Travail peut refuser d'étendre une convention collective susceptible d'extension. Il doit même refuser cette extension pour les dispositions qui seraient contraires aux lois et règlements.

Il doit notamment refuser cette extension, si elle porte atteinte au droit de la concurrence. La solution peut étonner : en principe l'extension d'une convention collective permet d'égaliser les conditions de la concurrence. Donc elle ne nuit pas à la concurrence, mais au contraire elle en favorise la loyauté.

Il se peut cependant que, dans les secteurs qui ne comptent que très peu d'acteurs, le contenu d'une convention de branche étendue ait pour effet de bloquer ou de dissuader l'arrivée de nouveaux acteurs dans ce secteur. Tel était le cas d'une convention collective accroissant l'obligation de reprise du personnel en cas de changement de titulaire d'un marché de distribution d'eau. Une telle obligation peut décourager de postuler pour la reprise d'un marché. Or le marché de la distribution de l'eau est dominé par trois acteurs, lesquels pouvaient avoir tout intérêt à bloquer ainsi l'arrivée sur le marché d'autres acteurs... L'arrêté d'extension a alors pu être annulé par le juge administratif (CE 30 avril 2003, n° 230804, *Dr. soc.* 2003. 999, obs. P. H. Antonmattéï et Destours).

749 Un arrêté d'extension, comme tout arrêté ministériel, peut être abrogé par un nouvel arrêté ministériel.

Black plaque (490,1)

§ 3 L'élargissement d'une convention collective

750 L'élargissement d'une convention collective est un arrêté ministériel qui a pour effet d'agrandir le champ d'application territorial ou professionnel d'une convention collective. Seule une convention collective étendue peut être élargie.

L'élargissement est possible lorsque, dans un champ professionnel ou géographique (art. L. 133-12 C. trav. ; L. 2261-17 recod.), il n'existe pas de négociateurs ou lorsque ceux-ci sont inactifs pendant au moins cinq ans (art. L. 133-13 C. trav. ; L. 2261-18 recod.). Alors la convention collective d'un champ d'application voisin pourra être élargie, pour couvrir le champ où la carence a été observée.

La méthode est très exceptionnellement utilisée, pour remplir certains vides dans les négociations de branche. Elle peut aussi servir de menace pour pousser certains négociateurs réticents à conclure une convention collective de branche.

L'élargissement prend fin avec l'abrogation de l'arrêté qui l'a édicté.

§ 4 Les obligations de négocier

751 Au niveau des branches, comme au niveau des entreprises, les obligations de négocier ne doivent pas être négligées. Elles ne sont pas des obligations de conclure. Mais elles sont tout de même l'occasion de débattre, de s'expliquer... Ce seul dialogue suffit souvent à générer de nouvelles conventions. Parfois l'obligation de suivre une procédure emporte des effets plus importants que certaines obligations de fond. D'ailleurs, la démocratie n'est-elle pas essentiellement une procédure de prise des décisions ?

752 Il existe plusieurs obligations périodiques de négocier au sein des branches.

Les principales sont les suivantes.

753 *Tous les ans*, lorsqu'une convention de branche a été conclue, une négociation doit avoir lieu sur les salaires entre les parties à cette convention (art. L. 132-12 al. 1er C. trav. ; L. 2241-1 recod.). Cette obligation de négocier n'empêche pas le refus de conclure. Et de très nombreuses branches prévoient encore un salaire minimum non réévalué et donc inférieur au SMIC.

Cette négociation porte aussi sur les moyens de réduire les inégalités entre hommes et femmes (art. L. 132-12-3 C. trav. ; L. 2241-9 et s. recod.).

754 Elle doit enfin permettre « un examen » de la situation de l'emploi dans la branche, ce qui comprend notamment la question des effectifs et celle du travail précaire, ainsi que l'examen des mesures de prévention envisagées contre les licenciements et contre l'utilisation du travail précaire.

Le texte de l'article L. 132-12 alinéa 2 (L. 2241-2 recod.), qui prévoit cet examen obligatoire est un peu ambigu. *A priori*, le texte ne parle que d'une obligation d' « examen », ce qui est moins qu'une obligation de négocier : les informations sont transmises, examinées, elles peuvent faire l'objet d'observations et remarques, mais on s'arrête là.

Une porte reste cependant ouverte vers une interprétation plus exigeante. À la fin de l'alinéa 2 de l'article il est précisé : « Au cours de cet examen, la partie patronale fournira aux organisations syndicales les informations nécessaires pour permettre de

Black plaque (491,1)

négocier en toute connaissance de cause » (ce texte est reporté à la partie réglementaire par la recodification, mais l'article L. 2241-2 recod. *in fine* précise que les informations nécessaires à la « négociation » seront fixées par le règlement, ce qui revient au même).

L'examen est donc un examen en vue de négocier... La négociation est perçue comme sa suite normale, logique. Or, qui va contre la normalité peut être contraint de se justifier. Ainsi, il semble qu'un refus de négocier de la part des employeurs n'est pas en lui-même illicite, mais peut-être ce refus devra-t-il être motivé, afin de ne pas être considéré comme abusif.

En définitive, ces dispositions semblent ne pas créer une négociation obligatoire annuelle sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences au niveau des branches. Mais elle exige que les premiers pas d'une telle négociation soient accomplis.

755 En revanche, *tous les trois ans*, une véritable négociation sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) doit avoir lieu entre les parties à un accord de branche. Celle-ci porte sur toutes les matières visées pour la négociation obligatoire sur la GPEC dans les entreprises (v. n° 558) et son objet est donc précis, approfondi.

Cette négociation triennale porte aussi sur les conditions de travail et sur la prise en compte de la pénibilité du travail, ce qui implique de négocier sur le temps de travail. Elle porte enfin la question des salariés âgés.

756 Les parties doivent encore négocier *tous les cinq ans* sur les classifications. Ceci est l'occasion de rappeler que les classifications d'emplois sont généralement réalisées au niveau des branches. Ces classifications sont importantes. Elles fixent le titre et la qualification accordés aux travailleurs, elles nomment leur travail, ce qui est fondamental en soi. Surtout, les salaires minima sont généralement indexés sur ces classifications.

757 Au niveau de l'entreprise, le déroulement d'une négociation obligatoire est assez précisément régulé (v. n° 787 et s.). Au niveau des branches, cette régulation a été perçue à juste titre comme inutile : il existe déjà, à ce niveau, des commissions mixtes paritaires (v. n°s 744-745). Celles-ci créent un cadre possible, précis et efficace, pour ces négociations obligatoires. En même temps, la puissance publique qui organise ces commissions mixtes n'est pas dépourvue de moyens pour imposer la présence des organisations réticentes (v. n° 745). L'organisation de telles commissions permet même de renforcer les obligations de négocier au niveau des branches.

section 3

Négociation et conclusion des conventions d'entreprise

758 Côté employeur, la question de savoir qui négocie et conclut une convention d'entreprise est facile : c'est l'employeur ou son représentant. Lors de la négociation, il peut se faire assister par certains de ses salariés. Pour des raisons tirées de la loyauté

Black plaque (492,1)

de la négociation, il ne peut cependant imposer aux syndicats une personne extérieure à l'entreprise (comme un avocat par exemple). La délégation patronale ne peut pas non plus être composée de plus de personnes que la délégation salariale.

Les principales difficultés concernent le côté salarié de la négociation. Il faut alors se demander qui négocie (§ 1) et qui doit conclure pour que la convention soit valide (§ 2).

Les règles relatives au déroulement de la négociation annuelle obligatoire (§ 3) servent de modèle pour les autres négociations obligatoires dans l'entreprise (§ 4).

§ 1 Les négociateurs

759 Tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise doivent être conviés à toutes les réunions de négociation de la convention collective. La violation de cette règle pourrait être pénalement sanctionnée. Elle est surtout dotée de sanctions civiles : une convention collective signée à la suite d'un processus de négociation où tous les syndicats n'ont pas été conviés peut être privée d'effets (Soc. 17 septembre 2003*).

Les délégations de chacun des syndicats sont constituées autour du délégué syndical (A). Dans certains cas toutefois, il peut être suppléé à l'absence de délégué syndical dans l'entreprise (B).

A. Le principe

760 La composition de la délégation que chaque syndicat représentatif envoie à la négociation d'entreprise est fixée par l'article L. 132-20 du Code du travail (L. 2232-17 recod.).

Cette délégation comprend « obligatoirement » le délégué syndical. Dans les entreprises qui ont plus d'un délégué syndical par syndicat, deux délégués syndicaux peuvent être présents. La présence de délégués syndicaux est d'autant plus utile que ces délégués sont investis du pouvoir de conclure les conventions collectives : ce pouvoir découle directement de leur désignation comme délégué syndical (Soc. 19 février 1992, *Bull. civ.* V, n° 106 ; Soc. 12 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 52).

761 La délégation peut être complétée par un nombre de salariés au plus égal au nombre de délégués syndicaux. Dans les entreprises qui n'ont qu'un seul délégué syndical, ce qui est le cas de loin le plus fréquent, la délégation peut cependant être complétée par deux salariés.

Sauf accord, il est ainsi exclu que des personnes extérieures à l'entreprise viennent représenter le syndicat (Soc. 19 octobre 1994, *Dr. soc.* 1994. 958, rapp. Ph. Waquet ; *D.* 1995. Somm. 370, obs. G. Borenfreund). La solution peut être discutée, la présence de négociateurs syndicaux plus aguerris pouvant être un important atout pour la qualité des négociations d'entreprise.

En cas d'accord avec l'employeur, les délégations peuvent, bien entendu, être plus nombreuses ou différemment constituées. Seule est impérative la présence d'un délégué syndical ou de deux délégués syndicaux le cas échéant.

762 Si l'entreprise compte plusieurs syndicats représentatifs, la délégation des salariés peut, au final, être assez nombreuse : dans une entreprise de cent salariés qui

Black plaque (493,1)

comporte quatre syndicats représentatifs, elle comptera 12 salariés, soit plus de 10 % du personnel.

B. L'exception

763 Lorsqu'il n'y a pas de délégué syndical dans l'entreprise, il est parfois possible, tout de même, de négocier et de conclure une convention collective d'entreprise. Il faut qu'une convention collective de branche étendue l'ait prévu. Alors, selon les cas, la négociation pourra impliquer des représentants spéciaux des syndicats ou des élus du personnel.

Mais alors la négociation n'est pas particulièrement organisée : c'est la possibilité pour ces personnes de conclure une convention collective en l'absence du délégué syndical qui fait l'objet de dispositions spéciales (v. n°s 776-783).

§ 2 Exigences sur la partie salariale

764 En principe, pour qu'une convention d'entreprise soit valablement conclue, elle doit être signée par un syndicat représentatif, dûment représenté par un délégué syndical.

Ce principe est perçu par le législateur à la fois comme une exigence insuffisante et comme une exigence excessive.

Il s'agit d'une exigence insuffisante en ce qu'un délégué syndical peut représenter un syndicat très minoritaire, quoique représentatif. Tel pourra notamment être le cas dans les hypothèses de représentativité présumée (v. n°s 678-680). Or, ce caractère minoritaire est problématique, notamment lorsque la convention collective réduit certains avantages que les salariés tiennent de la loi ou d'autres conventions collectives. Aussi le législateur a-t-il intégré un peu de principe majoritaire. Cette intégration s'est faite en s'inspirant un peu de chacune des solutions qui étaient prônées par les différents protagonistes du dialogue social. Ces solutions étant contradictoires entre elles, il a été choisi d'opter pour un principe, doté d'exceptions, elles-mêmes dotées d'exceptions, etc.

Cette complexité ne doit pas rebuter : derrière elle se cachent quelques dangers assez graves, qui doivent être connus.

765 La structure est la suivante.

En principe, la convention d'entreprise pourra être signée par un syndicat représentatif, même très minoritaire. Mais *les syndicats majoritaires pourront s'opposer* à cette convention (majorité d'opposition) (A).

Par exception, si une convention de branche étendue le prévoit, *seuls les syndicats majoritaires pourront conclure* une convention collective (majorité d'adhésion). Mais alors, *par exception à l'exception*, le syndicat minoritaire pourra tout de même conclure la convention. Il devra alors organiser un référendum. Et l'accord sera définitif s'il est ainsi approuvé (B).

S'il y a carence d'élections, un référendum sera nécessaire pour valider l'accord (C).

S'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise, les situations précédentes sont exclues. Mais la convention pourra être conclue par un mandataire spécial ou par les élus du personnel, moyennant certaines conditions (D).

Black plaque (494,1)

766 Pareille architecture ne brille pas par l'élégance de sa simplicité. Elle demande quelques explications. Elle est surtout peu convaincante au fond (E).

A. Le principe : la majorité d'opposition

767 Le principe est prévu à l'article L. 132-2-2, III, dernier alinéa, lequel renvoie au 2° du III de ce même article (dès la citation, l'œuvre législative n'apparaît pas très limpide). Dans la recodification, le principe est prévu à l'article L. 2232-13, qui recopie soigneusement l'article L. 2232-12, 2° (ce qui est un peu plus simple). De ces textes découle le principe suivant, qui est lui relativement clair.

Un syndicat représentatif, même très minoritaire, peut signer seul la convention collective. Celle-ci pourra alors faire l'objet d'une opposition écrite et motivée, dans un délai de huit jours, émanant des organisations syndicales majoritaires. Auquel cas l'accord sera réputé non écrit.

Ce système est dit de la « majorité d'opposition ».

768 Les organisations « majoritaires » sont, logiquement, celles qui ont recueilli plus de la moitié des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections professionnelles (élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel). Le texte mentionne que seul importe les résultats du premier tour. Au premier tour, en effet, seuls sont présents les syndicats. En cas de second tour, les résultats pourraient être troublés par la présence de candidatures non syndicales (v. n°s 1081-1082).

Lorsqu'un accord est destiné à une catégorie de personnel seulement, les résultats au sein du collège de cette catégorie sont seuls pris en compte. Lorsque le quorum n'est pas atteint au premier tour, la jurisprudence considère que la situation est analogue à celle d'une carence d'élection (v. n° 774).

769 Le délai de huit jours doit suffire aux organisations syndicales pour se réunir, s'entendre, et se mettre d'accord sur la décision de faire opposition ensemble ou non. Et cette décision peut être difficile, surtout lorsque l'accord d'entreprise est accompagné de menaces sur de possibles licenciements en cas de non-adoption. Le délai apparaît ainsi excessivement bref.

770 Par exception, l'accord des syndicats majoritaire peut être exigé pour qu'une convention collective soit valablement conclue. Mais alors, cette exigence reste loin d'être absolue.

B. L'exception : la majorité d'adhésion... sauf référendum

771 La possibilité d'instaurer un système plus respectueux du principe majoritaire a été préservée par la loi (art. L. 132-2-2 III, 1° ; L. 2232-12, 1°). Si une convention collective de branche étendue le prévoit, la conclusion d'un accord d'entreprise pourra être réservée aux syndicats majoritaires. Il n'est plus alors question de droit d'opposition. Faute d'avoir recueilli la signature des syndicats représentatifs majoritaires, l'accord n'est pas conclu. À moins que...

Le texte prévoit en effet une exception à l'exception. Même lorsque le principe de la majorité d'adhésion a été adopté par convention collective de branche étendue, l'accord signé par un seul syndicat minoritaire peut encore être sauvé. Il suffit pour cela d'organiser et de gagner un référendum dans l'entreprise.

Black plaque (495,1)

Dans ce système, dit « de la majorité d'adhésion », les syndicats majoritaires n'ont plus de droit d'opposition. Leur refus frontal de l'accord peut être contourné par référendum. Ainsi le système présenté comme le plus respectueux de la volonté des syndicats majoritaires, peut être celui dans lequel ils sont les plus faibles.

772 Pour comprendre le danger de cette solution, il faut replacer le référendum dans le contexte du droit du travail. Il présente, comme ailleurs, l'avantage d'une expression directe des intéressés. Mais il est souvent réalisé dans un contexte difficile. L'employeur dispose de grands moyens d'expression dans son entreprise. Les opposants à l'accord risquent, eux, d'être fort démunis. Qui fait campagne contre l'accord et donc contre son employeur peut être mal vu, ce qui n'est pas sans dangers. La campagne électorale au sein de l'entreprise est ainsi, souvent, totalement déséquilibrée. De plus, l'employeur en situation dominante peut exercer certaines pressions sur le résultat du vote : « si les économies que prévoit l'accord ne peuvent pas être réalisées, nous serons contraints d'envisager des licenciements... ». En bref, le référendum dans l'entreprise tient souvent plus du plébiscite en pays occupé que du véritable débat démocratique.

C. En cas de carence d'élections professionnelles

773 En cas de carence d'élections professionnelles, on ignore quel est le syndicat majoritaire. Les systèmes précédents sont donc inapplicables.

Il a été décidé, dans ce cas, que quel que soient les syndicats signataires de l'accord, un référendum serait nécessaire pour valider la convention d'entreprise (art. L. 132-2-2 III, al. 4 ; L. 2232-14 recod.). Cette solution doit être approuvée. Lorsqu'il existe des délégués syndicaux, le seuil des élections est par hypothèse dépassé. Lorsque malgré cela un constat de carence a été dressé, cela signifie qu'il n'y a pas eu de candidat aux élections professionnelles. Ce qui laisse à penser que la présence syndicale dans l'entreprise est pour le moins fragile, malgré la présence d'un ou de plusieurs délégués syndicaux. L'idée de renforcer la légitimité de l'accord par référendum semble alors logique.

774 D'une manière très contestable, la Cour de cassation a considéré que lorsque le quorum n'était pas atteint au premier tour des élections professionnelles (lorsque moins de la moitié des inscrits se sont exprimés), il n'y a pas lieu de dépouiller les bulletins. Et elle a considéré que cette situation équivalait à une carence d'élections (Soc. 20 décembre 2006*).

En conséquence de quoi, un syndicat peut avoir recueilli 95 % des suffrages exprimés au premier tour, il n'est pas majoritaire pour autant, si le quorum n'a pas été atteint. Et les résultats du second tour ne comptent pas : le texte de l'article L. 132-2-2 III du Code du travail (L. 2232-12 recod.) ne parle que du premier tour des élections.

775 L'idée de la Cour de cassation est d'éviter de qualifier de « majoritaires » des syndicats qui n'ont obtenu un tel statut qu'à l'occasion d'élections au trop fort taux d'abstention. Elle est cependant discutable. Le texte de l'article L. 132-2-2 III (L. 2232-12 recod.) vise la majorité des suffrages exprimés au premier tour, sans mentionner l'exigence d'un quorum. De plus, même avec un faible nombre de votant, le syndicat qui

Black plaque (496,1)

remporte la majorité des voix en ressort doté d'une incontestable légitimité, comparativement au syndicat qui n'a pas recueilli cette majorité. Or c'est surtout l'audience comparative qui importe lorsqu'il s'agit de déterminer l'auteur possible d'un droit d'opposition.

Enfin, dans les élections professionnelles, l'absence de quorum au premier tour est une chose relativement fréquente. Par son arrêt du 20 décembre 2006*, la Cour de cassation a fait ainsi disparaître la légitimité particulière du syndicat « majoritaire » dans de très nombreuses entreprises.

D. En l'absence de délégué syndical

776 La jurisprudence a admis que, *lorsque les conditions légales de désignation d'un délégué syndical ne sont pas remplies*, les syndicats pouvaient nommer des mandataires « spéciaux », lesquels avaient des fonctions représentatives, mais à l'occasion d'une seule négociation collective (Soc. 25 janvier 1995, *Bull. civ.* V, n° 40 ; *D.* 1995. 593, note P. Pochet ; *Dr. soc.* 1995. 274, obs. G. Borenfreund ; *RJS* 1995, n° 279, et p. 231, note J. Savatier). L'idée était de permettre une négociation collective dans les entreprises ou les établissements de moins de 11 salariés, ou dans ceux de moins de 50 salariés dépourvus de délégués du personnel (un délégué du personnel peut être désigné délégués syndical).

Le législateur est intervenu pour limiter et élargir à la fois cette possibilité. Ces interventions ont d'abord été limitées à des objets de négociation précis. Ainsi, par exemple, la loi du 19 janvier 2000 créait des dérogations pour la conclusion d'accords de réduction du temps de travail (art. 19 de la loi). Puis, la loi du 4 mai 2004 est venue généraliser ces possibilités. Depuis cette loi, les possibilités de conclusions d'une convention d'entreprise en l'absence de délégué syndical sont encadrées et précisées à l'article L. 132-26 C. trav. (L. 2232-21 et s. recod.).

777 En l'absence de délégué syndical, une convention d'entreprise ne peut être conclue qu'à la condition qu'une convention collective de branche étendue ait prévu un moyen de pallier cette carence. Cette exigence d'une convention de branche étendue est une limite qui n'existait pas dans la jurisprudence antérieure. En ce sens, la loi nouvelle est plus restrictive que la jurisprudence.

Il est aussi exigé qu'aucun délégué syndical ne soit présent dans l'entreprise : l'*absence* de délégué syndical suffit. Selon la jurisprudence antérieure, il fallait que la désignation d'un délégué syndical ne soit pas légalement possible. La nouvelle solution est donc plus ouverte : une grande entreprise (de plus de 50 salariés) peut être dépourvue de délégué syndical. Alors, l'absence de délégué syndical sera simplement le signe d'une faible implantation syndicale ou d'une absence totale d'implantation syndicale. Les exceptions prévues par la convention de branche pourront cependant s'appliquer. En ce sens, la loi nouvelle est nettement plus permissive que la jurisprudence antérieure.

En l'absence de délégué syndical, la convention de branche étendue peut prévoir une des deux solutions suivantes, ou bien ces deux solutions simultanément.

778 La première solution est prévue à l'article L. 132-26 II du Code du travail (L. 2232-23 recod.). Elle consiste à accorder aux élus du personnel le pouvoir de conclure la convention collective. Ce droit peut être accordé au comité d'entreprise ou, en l'absence d'un tel comité, aux délégués du personnel. La convention ainsi conclue

Black plaque (497,1)

devra encore, pour être valide, être approuvée par une commission paritaire nationale de branche, dûment mise en place.

Pareille garantie est cependant relativement factice. Ladite commission, loin du « terrain » de l'entreprise, est souvent dans l'incapacité de dire si l'accord est, ou non, équilibré dans le contexte de l'entreprise. Le plus souvent, il sera donc fait confiance aux élus du terrain...

Cette solution est d'autant plus dangereuse qu'elle est réservée aux entreprises dans lesquelles *un délégué syndical aurait pu être désigné*, puisqu'il existe des élus. Au minimum, il existe un délégué du personnel qui aurait pu être désigné délégué syndical. La solution n'est donc pas destinée aux entreprises de taille insuffisante pour accueillir un délégué syndical. Elle vise les entreprises de taille suffisante, dotées d'élus, mais dépourvues d'implantation des syndicats. Il s'agit donc d'entreprises dans lesquelles les élus sont en principe issus de listes non syndicales. Et l'indépendance vis-à-vis de l'employeur de tels élus est loin d'être garantie.

779 La seconde possibilité que peut ouvrir un accord de branche étendu est prévue à l'article L. 132-26 III (L. 2232-25 et s. recod.). Il s'agit d'ouvrir la possibilité de conclure des conventions collectives dans les entreprises qui sont dépourvues de délégué syndical *et* d'élus. Ce peut être pour une question de seuil non dépassé. Mais là encore ce n'est pas l'hypothèse centrale retenue par le législateur : l'article vise expressément les entreprises dans lesquelles un constat de carence a été dressé, suite à l'absence de candidats aux élections professionnelles. Les entreprises de taille insuffisante ne sont même pas visées (mais on peut considérer que l'exception peut *a fortiori* leur être applicable). L'existence d'une coalition de salariés susceptibles de faire contrepoids aux désirs de l'employeur, dans de telles entreprises, est plus que douteuse.

780 Pour qu'une convention collective puisse être néanmoins conclue, la procédure que peut adopter la convention de branche étendue est la suivante.

Un mandataire spécial pourra être désigné par le syndicat. Ce mandataire n'aura pour fonction que de négocier et conclure la convention. Puis ses fonctions cesseront. Ce représentant du syndicat est donc spécialisé et éphémère (alors que l'entreprise pourrait le plus souvent accueillir un véritable délégué syndical).

La convention signée par ce représentant spécial devra ensuite être validée par référendum.

781 Le système comprend ainsi deux garanties.

782 La première est la désignation par un syndicat. Le salarié désigné est le plus souvent envoyé par l'employeur qui souhaite obtenir certains avantages par convention collective. Mais, avant de le désigner, le syndicat rencontre ce salarié. Il pourra alors lui donner des conseils, lui montrer les avantages d'une adhésion syndicale, lui transmettre des documents, exiger de lui qu'il prenne une cotisation, etc.

Le mécanisme a ainsi été perçu par certains syndicats comme un moyen de créer une présence syndicale dans les entreprises qui en sont dépourvues. L'envoyé n'est souvent qu'un chargé de mission du patron. Mais il repart mandataire du syndicat, mais aussi syndicaliste, prêt éventuellement à devenir plus tard délégué syndical, à monter une section syndicale, etc.

Cet espoir syndical explique que des conventions de branche aient pu être signées dans ce sens et que certains syndicats aient soutenu cette solution. La situation n'est

pourtant pas sans risque. Pour contrebalancer une entrevue de quelques heures au mieux avec le syndicat, l'employeur bénéficie d'années d'influence. De plus, c'est lui qui aura le plus souvent choisi le salarié chargé d'aller quérir un mandat syndical (si l'initiative était venue du salarié, il aurait probablement préféré bénéficier du statut plus avantageux et plus durable de délégué syndical). Dès lors, entre la probabilité de voir apparaître un véritable militant syndical et celle d'avoir créé un négociateur soumis à l'employeur, il semble bien que ce soit la seconde hypothèse qui risque, souvent, de l'emporter. La première garantie apparaît ainsi relativement peu convaincante.

783 Reste la seconde garantie.

Selon celle-ci, l'accord doit être validé par référendum. Et ce référendum devra respecter les principes du droit électoral, et notamment le vote à bulletin secret. Cependant, le référendum en droit du travail n'est pas toujours une solution pleinement rassurante (v. n° 772).

Aussi le système actuel laisse-t-il à désirer.

E. Un système à perfectionner et à simplifier

784 Dans une entreprise où il n'existe pas de contrepoids créé par une coalition suffisamment crédible des salariés, il n'existe pas de légitimité suffisante pour signer une convention collective destructrice d'avantages. Et très souvent, le droit positif actuel se contente, pour la conclusion d'une convention collective, de signatures dont rien ne garantit qu'elles expriment un contrepoids substantiel. Alors, la convention collective cesse d'être un acte négocié. Elle se rapproche du contrat d'adhésion, voire même du contrat imposé. De tels actes n'ont pas de légitimité pour fonder les nombreuses exceptions aux protections légales et conventionnelles que permet une convention collective d'entreprise.

785 Il faut espérer que la complexité des règles sus-décrites pourra, un jour, faire place à une règle simple, qui garantisse davantage l'existence d'un véritable contrepoids. L'exigence généralisée d'un accord des syndicats majoritaires serait de ce point de vue simple et efficace. En cas de carence aux élections professionnelle, ou en l'absence de délégué syndical, il serait simplement exclu de conclure une convention collective, l'existence d'un contrepoids suffisant n'étant pas garantie dans de telles situations. Ceci pourrait au demeurant inciter les employeurs à ne pas dissuader les candidatures aux élections, ni les vocations de délégué syndical.

786 Dans les entreprises de moins de onze salariés, il pourrait être considéré comme suffisant qu'un délégué syndical soit désigné, sans exiger que des élections y soient organisées. Il n'est pas inutile de rappeler, en effet, qu'un employeur de moins de onze salariés peut tout à fait accepter qu'un de ses salariés soit nommé délégué syndical. Les seuils sont des seuils au-delà desquels l'employeur *a l'obligation* d'accepter l'élection ou la désignation de représentants. En deçà de ces seuils, il a *la faculté* d'accepter ces représentants.

Black plaque (499,1)

§ 3 La négociation obligatoire dans l'entreprise

787 La négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise a été l'une des innovations majeures de la loi du 13 novembre 1982. Elle a été l'une des causes essentielles de l'essor du dialogue social dans l'entreprise et du développement de la négociation d'entreprise.

Cette négociation annuelle est de loin la négociation obligatoire la plus importante dans l'entreprise. Elle est complétée par quelques négociations obligatoires pluriannuelles ou ponctuelles.

788 La négociation annuelle obligatoire concerne les entreprises « où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives » (art. L. 132-27 C. trav. ; L. 2242-1 recod.). Sur le papier, il faudrait donc que quelques salariés soient syndiqués, ce qui suffit à constituer une section syndicale. Il n'y aurait ni seuil à dépasser, ni exigence d'un délégué syndical.

Cependant, il semble difficile d'imposer à l'employeur de négocier s'il n'a pas d'interlocuteur. Depuis les dernières évolutions en la matière, un interlocuteur apte à conclure une convention collective dans l'entreprise peut être un délégué syndical, un représentant spécial du syndicat, ou un élu du personnel (v. n° 776 et s.). À partir du moment où, dans l'entreprise, l'un de ces négociateurs est présent, et s'il existe une présence syndicale, la négociation est obligatoire pour l'employeur. En pratique, le plus souvent, il faudra tout de même attendre la présence d'un délégué syndical, sa désignation étant la meilleure preuve de l'existence d'une section syndicale (v. n° 1103).

789 Les grandes règles sur le déroulement et la loyauté de la négociation annuelle obligatoire ont été maintenues depuis 1982 (A). Le domaine de la négociation annuelle a été élargi à plusieurs reprises depuis 1982 (B). D'autres négociations sont obligatoires dans l'entreprise (C). Moins précises, elles suivent le modèle de la négociation annuelle.

La violation par l'employeur de ses obligations de négocier peut être sanctionnée pénalement et civilement (D).

A. Organisation de la négociation annuelle

790 L'initiative de la négociation doit être prise par l'employeur « chaque année » (art. L. 132-27 al. 1er C. trav. ; L. 2242-1 al. 1er recod.). Ceci s'interprète comme une obligation d'engager les négociations au cours de chaque année civile. Il n'a aucune obligation de lancer la négociation toujours à la même période de l'année. Un employeur qui a lancé une négociation en janvier 2007 pourra se contenter de lancer une nouvelle négociation en décembre 2008.

La régularité des négociations pourra cependant, dans une certaine mesure, être imposée par les syndicats. Si aucune négociation n'a eu lieu pendant plus de douze mois, un syndicat représentatif peut demander l'ouverture de la négociation. L'employeur a alors huit jours pour en informer les autres organisations syndicales représentatives et quinze jours pour les convoquer à la première réunion de négociation (art. L. 132-27 al. 1er et L. 132-28 C. trav. ; L. 2242-1 al. 2 à 4 recod.).

Black plaque (500,1)

791 La première réunion, régie par l'article L. 132-28 du Code du travail (L. 2242-2 recod.), a deux objets :

– mettre en place un calendrier de négociation ;

– préciser les informations qui devront être transmises par l'employeur aux syndicats. Ces informations sont toutes celles qui seront utiles au cours de la négociation et notamment celles qui permettent la comparaison de la situation des hommes et des femmes dans l'entreprise.

792 Tout au long de la négociation, il est interdit à l'employeur de prendre des mesures unilatérales sur l'un des objets de la négociation (art. L. 132-29 C. trav. ; L. 2242-3 recod.). Décider seul, ce n'est pas négocier. De telles décisions unilatérales pourraient en outre signifier aux salariés que ce qui se passe lors des réunions de négociation ne sert à rien. En bref, les mesures unilatérales prises en cours de négociation vident l'objet de la négociation et décrédibilisent les négociateurs. Elles sont une déloyauté.

L'interdiction des mesures unilatérales ne dure, bien entendu, que le temps de la négociation. D'où l'importance de savoir quand la négociation s'achève.

793 Cette fin de négociation peut être prévue dès la mise en place du calendrier. Elle peut aussi avoir été reportée. Elle est, quoi qu'il en soit, toujours formalisée. Elle peut l'être par la signature d'un accord collectif. Elle peut aussi l'être par l'édiction d'un constat de désaccord.

Ce dernier acte est un acte formel régit par l'article L. 132-29 alinéa 2 du Code du travail (L. 2242-4 recod.). Il mentionne notamment les propositions respectives des parties à la négociation dans leur dernier état et les mesures qu'entend prendre unilatéralement l'employeur.

Ces mesures qui seront prises unilatéralement sont toujours soit égales, soit moins favorables que celles qu'il a proposées en dernier lieu. Si un employeur accordait plus unilatéralement que ce qu'il a proposé en vue d'aboutir à un accord, cela signifierait aux salariés : « regardez, je donne plus quand j'interviens seul, que lorsque je négocie. Vos représentants syndicaux ne servent à rien, pire ils vous sont nuisibles ». Plus qu'une déloyauté, il y aurait là une entrave à l'exercice du droit syndical.

794 Le constat de désaccord a une certaine valeur juridique. Il peut valoir engagement unilatéral de l'employeur d'édicter les mesures auxquelles il s'est engagé. Il fixe la date de la fin des négociations, ce qui permet à l'employeur de reprendre le cours des décisions unilatérales relatives aux matières négociées. Il doit être déposé auprès de la direction départementale du travail et du secrétariat greffe du Conseil de prud'hommes, comme une convention collective l'est (v. n° 728).

B. Domaine de la négociation annuelle

795 Tous les ans, l'employeur doit négocier dans les domaines suivants (art. L. 132-27 al. 1er C. trav. ; L. 2242-8 recod.), qui sont les domaines originels de la négociation annuelle obligatoire :

– les salaires effectifs. Ce qui suppose d'aller au-delà de la négociation de l'augmentation de la masse salariale, et de négocier aussi les salaires par catégories, la structure des salaires, etc. ;

– la durée effective et l'organisation du temps de travail. Ce qui inclut la mise en place du temps partiel, les heures supplémentaires, la réduction du temps de travail, le travail de nuit, l'astreinte, les compensations, etc.

Black plaque (501,1)

796 Il doit de plus négocier tous les ans sur la question de l'égalité entre hommes et femmes (art. L. 132-27 al. 7 et L. 132-27-2 C. trav. ; L. 2242-5 et L. 2242-7 recod.), et sur la question des handicapés dans l'entreprise (art. L. 132-27 al. 10 et s. C. trav. ; L. 2242-13 recod.). Ces deux obligations de négocier visent à tenter de résorber les graves discriminations qui demeurent à l'encontre des femmes et des handicapés. Il a toutefois été prévu que si l'employeur avait déjà conclu une convention sur ces thèmes, il pouvait ne plus les aborder que tous les trois ans.

La négociation annuelle est enfin l'occasion d'un « examen » par les parties de la question de l'emploi dans l'entreprise, question qui inclut la place des contrats précaires aidés, et l'évolution prévisible des emplois au cours des années à venir (L. 132-27 ; L. 2242-9 recod.). Examiner n'est pas négocier. Mais c'est recueillir l'information et présenter des remarques. C'est donc faire le premier pas vers une possible négociation. La véritable négociation sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences est pluriannuelle et réservée aux grandes entreprises (v. ci-dessous).

C. Les autres négociations obligatoires

797 La procédure des autres négociations collectives obligatoires dans l'entreprise n'est pas précisée par les textes. Il semble cependant que le modèle de la négociation annuelle obligatoire leur soit applicable.

798 Parmi ces différentes obligations de négocier, on en citera deux :

– tous les trois ans, dans les entreprises de plus de trois cents salariés ou dans les entreprises et groupes de dimension communautaire (sur lesquels v. n° 980) une négociation doit s'engager sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Cette négociation est approfondie et détaillée par l'article L. 320-2 du Code du travail (art. L. 2242-15 et s. recod.). Elle peut entretenir des liens complexes avec les négociations et consultations organisées autour des licenciements économiques (v. n° 558) ;

– une négociation obligatoire doit s'enclencher au lendemain de la dénonciation d'une convention collective (art. L. 132-8 C. trav. ; L. 2261-10 recod.).

D. Sanction des négociations obligatoires

799 Le fait de ne pas lancer la négociation annuelle lorsqu'elle est obligatoire fait l'objet de sanctions pénales spécifiques, qui vont jusqu'à deux ans d'emprisonnement en cas de récidive (art. L. 153-2 C. trav. ; L. 2243-1 recod.). Il s'agit simplement d'une sanction de l'absence d'initiative. La déloyauté en cours de négociation ou la simple mauvaise exécution des obligations relatives au déroulement des négociations tombe sont le coup d'infractions pénales plus générales, relatives à la protection de la liberté syndicale dans l'entreprise (art. L. 481-2 C. trav. ; L. 2146-1 recod.), lesquelles font encourir les mêmes sanctions. Ces dernières infractions sanctionnent aussi les violations des autres obligations de négocier dans l'entreprise.

800 La question la plus intéressante est celle des sanctions civiles de l'obligation de négocier. Lorsqu'une décision patronale a été prise sans négociation préalable, alors qu'une telle négociation était obligatoire, elle peut être suspendue par le juge des référés, jusqu'à ce que la négociation ait eu lieu (Soc. 28 novembre 2000, *UAP*, *Bull.*

civ. V, n° 398). Cet effet suspensif n'est pas sans rappeler l'effet d'un défaut de consultation du comité d'entreprise lorsque cette consultation est impérative.

Au-delà on peut se demander si une décision de l'employeur faite sans négociation préalable, alors que cette négociation était obligatoire, peut être considérée comme nulle. La question n'est pas tranchée.

section 4

Négociation et conclusion de conventions de groupe

■ 801 Longtemps la négociation collective a eu du mal à être menée au niveau des groupes de sociétés, particulièrement lorsque ceux-ci regroupent de très nombreuses sociétés. Le groupe n'étant pas une personne morale, il ne pouvait pas signer en tant que tel une convention collective. Pour s'appliquer à l'ensemble des sociétés du groupe, l'accord devait donc être négocié et signé en des termes identiques par les représentants de toutes les sociétés du groupe et par les syndicats représentatifs de chacune de ses sociétés, les conditions d'opposition et de majorité étant vérifiées pour chacune d'elles. La solution était difficilement praticable dans les grands groupes.

■ 802 La loi du 4 mai 2004, pour résoudre ces difficultés, a donc créé une convention collective originale, entre la convention d'entreprise et la convention de branche : la convention de groupe (v. art. L. 132-19-1 C. trav. ; L. 2232-31 et s. recod.). Ces conventions s'appliquent à l'ensemble d'un groupe aux conditions suivantes.

■ 803 Elles doivent avoir été signées par l'entreprise dominante, et certains représentants des entreprises dominés. L'unanimité des sociétés du groupe n'est plus requise.

■ 804 Les syndicats de salariés représentatifs au niveau du groupe, pour leur part, désignent des « coordinateurs syndicaux de groupe » chargés de négocier et de conclure la convention de groupe.

La validité de la convention de groupe est soumise aux mêmes conditions que celles relatives à la validité des conventions d'entreprise. Simplement, si plusieurs conventions de branches étendues sont applicables aux différentes sociétés du groupe et qu'elles prévoient des conditions de conclusion différentes pour les conventions d'entreprise, le système de principe (majorité d'opposition) l'emportera.

■ 805 Les conventions négociées au sein du groupe sont considérées, quand à leurs effets et leur force obligatoire, comme des conventions d'entreprise. Leur seule originalité est de ne pas pouvoir déroger en principe aux conventions de branche (art. L. 132-19-1, al. 3 C. trav. ; L. 2232-35 recod.), alors que les conventions d'entreprise normales le peuvent (v. n°s 67-68).

Black plaque (503,1)

section 5

Champ d'application

806 Le champ d'application d'une convention d'*entreprise* est simple à décrire : la convention s'applique à l'employeur signataire et à tous ses salariés, sauf stipulations contraires. La convention peut avoir été réservée à un établissement ou à une catégorie spéciale de salariés. Alors il suffit de suivre les stipulations pour déterminer le champ d'application.

Certaines conventions peuvent encore être signées dans le cadre d'une unité économique et sociale. Il faudra alors que les différentes sociétés de cette unité la signent. Ou bien que soient respectées les conditions de signature d'une convention de groupe. Là encore, le champ d'application sera facilement déterminé.

Les conventions *de branche* définissent elles aussi librement leur champ d'application géographique et professionnel. Dans ce champ, elles s'appliquent aux seuls employeurs signataires et membres des organisations signataires (v. n° 716). À moins qu'elles ne soient étendues, auquel cas elles s'appliquent à tous les employeurs du champ considéré (v. n° 741 et s.).

807 Le seul problème est, finalement, de savoir si tel ou tel employeur entre dans le champ d'application géographique ou professionnel d'une convention de branche : une même entreprise peut en effet avoir plusieurs implantations ou plusieurs activités...

Les solutions de ces difficultés sont différenciées selon qu'il s'agit de rechercher l'implantation géographique (§ 1) ou l'activité de l'entreprise (§ 2).

§ 1 Situation géographique

808 L'implantation géographique importe lorsque la convention est une convention locale, départementale ou régionale. La question est alors de rattacher l'entreprise à un lieu.

La solution de cette difficulté est simple. L'implantation retenue est le lieu où travaillent le plus de salariés.

Si l'entreprise a plusieurs établissements distincts, chaque établissement devra appliquer la convention collective de son lieu d'implantation (Soc. 20 novembre 1991, *Bull. civ.* V, n° 516).

En revanche, un salarié qui travaille principalement dans un champ territorial ne pourra pas pour autant bénéficier de la convention de ce territoire, s'il est rattaché à un établissement situé hors de ce champ géographique (Soc. 25 octobre 1995, pourvoi n° 92-40221).

L'utilisation du concept d' « établissement » permet de se référer à une notion connue (v. n° 1008 et s.), ce qui simplifie grandement la question. Une pointe d'interprétation fonctionnelle de la notion pourrait cependant conduire à une légère différenciation de l'« établissement » au sens de la mise en place d'institutions représentatives et l'« établissement » au sens de la convention géographique applicable.

§ 2 Activité principale

809 La convention de branche applicable est celle de l'activité « principale » de l'entreprise (art. L. 132-5-1 C. trav. ; L. 2261-2 recod.). En pratique, les entreprises reçoivent de l'INSEE un code qui classe leur activité au sein des branches (code NAF, pour « Nomenclature des activités françaises », qui remplace depuis 1993 le code APE). Ce code est reproduit sur les fiches de paie. Une révision de cette classification sera applicable en janvier 2008, pour permettre une mise en conformité avec la Nomenclature des activités économiques dans la Communauté européenne (NACE) et un rapprochement avec les nomenclatures mondiales.

Ces codes NAF sont forts utiles : les conventions de branche fixent leur champ d'application en usant de ces mêmes numéros. Il faut toutefois faire attention : l'attribution du code par l'INSEE n'a aucune valeur juridique. C'est seulement en fonction de leur activité réelle que les entreprises sont rattachées aux branches (v. déjà Soc. 4 mars 1964, *Bull. civ.* IV, n° 202 ; Soc. 14 novembre 1973, *Bull. civ.* V, n° 566). Dès lors, avant de conclure à l'applicabilité ou l'absence d'applicabilité d'une convention de branche, il faut vérifier que l'activité *réelle* principale de l'employeur est bien celle qui correspond au code NAF. En cas de réponse positive le code attribué pourra bien avoir une influence sur l'applicabilité juridique des conventions collectives.

810 En effet, les conventions de branche se réfèrent habituellement au code NAF pour fixer leur domaine d'application professionnel. La branche définie par la convention collective est la branche au sens de l'INSEE. Les critères et méthodes de classement de celle-ci sont donc aussi les critères d'application de celles-là, par la volonté des parties à la convention, ce qui simplifie grandement les choses. Les méthodes de classement de l'INSEE peuvent être utilisées pour classer au sein des différentes branches les activités réelles des entreprises.

Une méthode assez complexe est utilisée par l'INSEE pour déterminer les activités « principales ». Les unités financières et non marchandes sont traitées de manière spécifique. Pour les activités commerciales, le principe est que l'activité principale est celle qui produit le plus de chiffre d'affaires. Pour les activités de type industriel, l'activité principale est, en principe, celle qui a les effectifs les plus importants (pour une application de cette méthode, v. Soc. 23 avril 2003*, qui rejette une décision d'appel se fiant aux effectifs pour une entreprise de type industriel ; v. aussi, pour plus de détails, le *Guide d'utilisation des nomenclatures d'activité et produits*, disponible sur www.insee.fr).

Encore une fois, une certaine force juridique peut être attribuée à la méthode de classement. En revanche, le code attribué n'a lui aucune valeur juridique : pour toutes sortes de raisons (erreurs sur les données, incomplétudes, changement d'activité...), il peut fort bien ne pas correspondre à l'activité réelle. Et c'est celle-ci seulement qui fait qu'une entreprise peut entrer, ou non, dans le champ d'application professionnel d'une convention de branche.

811 Lorsqu'une entreprise est divisée en plusieurs « centres d'activités autonomes », ayant des activités principales distinctes, chacun de ces centres doit appliquer une convention de branche différente (Soc. 5 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 369 ; Soc. 26 janvier 2000 pourvoi n° 97-40550 ; Soc. 29 janvier 2003, pourvoi n° 00-45732 ; Soc. 23 avril 2003*). L'utilisation de la terminologie spécifique « centre d'activité autonome »

Black plaque (505,1)

permet aux juges de ne pas être liés par la notion d' « établissement » lorsqu'il s'agit de vérifier le champ d'application d'une convention de branche. Il demeure que les concepts sont assez proches. Et qu'ils ne sont pas non plus très éloignés des « unités d'activités économiques » utilisées par l'INSEE pour donner des codes NAF spéciaux a des parties d'entreprise.

La jurisprudence sur l'implantation géographique se contentait de viser l'établissement (v. n° 807), concept connu et donc, en un sens, plus simple.

Black plaque (506,1)

Biblio

- G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges M. Despax*, Dalloz, 2002, p. 429.
- G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions,* Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2005 (sur les réformes de la loi du 4 mai 2004).
- G. Auzero, « La vie des conventions et accords collectifs de groupe », *RDT* 2006. 230-235.
- P.-Y. Verkindt, « Une étrange équation : absence de quorum au pemier tour des électrions professionnelles = carence », *Dr. soc*. 2007. 453.
- Pour une excellente présentation, rapide et efficace, des droits étrangers sur la représentativité des syndicats et la conclusion des conventions collectives, v. le dossier *Représentativité syndicale et négociation collective*, publié par la *RDT* de novembre 2006 à janvier 2007. Avec les contributions de :

  – P. Lockiec, S. Robin-Olivier (introduction), J. Grodin (USA), Sheldon Leader (R.-U.) et L. Tebano (Italie), *RDT* 2006. 336 à 343 ;

  – U. Wendeling-Schröder, P. Rémy (Allemagne) et G. Vallée (Canada), *RDT* 2006. 408-415 ;

  – M. Rönnmar (Suéde) ; T. Jaspers (Pays-Bas) et J. Lahera Forteza (Espagne), *RDT* 2007. 54-61.

Documents

Le droit à la négociation collective

Cons. const. 6 novembre 1996, n° 96-383 DC ; *Dr. ouvrier* 1996. 479, note G. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1997. 25, note M.-L. Morin ; *Grands arrêts*, n° 151

« 8. Considérant qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale..." ; qu'aux termes du huitième alinéa du même préambule : "Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" ; que si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective ; que des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ».

Black plaque (507,1)

Organisation des négociations

Soc. 17 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 240 ; *Grands arrêts*, n° 154

« Attendu cependant qu'un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que l'acte du 20 septembre 1999 avait la nature juridique d'un accord collectif, et alors qu'il résultait de ses constatations que cet accord avait été conclu sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à sa négociation, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ».

Exigences sur la partie salariale à la convention

Soc. 20 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 399 ; *Dr. soc.* 2007. 453, obs. P.-Y. Verkindt, *RDT* 2007. 328-329, obs. M. Grévy

« Lorsque le quorum prévu par les articles L. 423-10 et L. 433-10 du code du travail n'est pas atteint au premier tour des élections professionnelles à la proportionnelle, ce qui n'était pas contesté, il n'y a pas lieu de décompter les suffrages exprimés en faveur de chacune des listes syndicales, de sorte qu'il y a carence au sens de l'article L. 132-2-2 III du code du travail ».

Champ d'application géographique et professionnel

Soc. 23 avril 2003, *Panzani William Saurin*, pourvoi n° 01-41196, *Bull. civ.* V, n°140

« Attendu, ensuite, qu'appréciant souverainement les éléments qui étaient produits, l'arrêt attaqué, qui a constaté, pour déterminer l'activité principale de l'entreprise, que l'effectif affecté aux pâtes alimentaires était plus important que l'effectif affecté à la conserve, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, encore, que la cour d'appel, qui a relevé que le personnel de direction et la force de vente de l'établissement de Saint-Marcel étaient rattachés au siège de la société Panzani William Saurin à Lyon, a pu décider que l'établissement de Saint-Marcel ne constituait pas un centre d'activité autonome ».

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

La SARL Pourmoi est une entreprise de vente à domicile de produits de beauté, qui compte cent cinquante salariés à temps plein. Son siège social est situé à Dijon, ainsi que ses entrepôts. Dix salariés travaillent dans les bureaux du siège social à des activités de secrétariat, six à l'entrepôt. Les autres sont vendeurs à domicile, sont répartis dans toute la France et viennent se fournir en produits de beauté tous les mois, à l'entrepôt.

Black plaque (508,1)

Le chef d'entreprise ne sait quelle convention de branche il doit appliquer et à qui. Il hésite entre la convention des activités de stockage, celle du secrétariat et celle de la vente à domicile de la Côte d'Or. Mais il vous informe que les soixante salariés qui travaillent à Paris désirent l'application de la convention de la vente à domicile de la Région parisienne (laquelle est nettement plus avantageuse que la convention de la Côte d'Or). Toutes ces conventions sont étendues.

Corrigé

L'activité qui détermine quelle est la convention applicable est celle de l'entreprise, ou celle d'un centre d'activité autonome, et non celle de chacun des salariés.

Il faut donc commencer par rechercher quels sont les centres d'activités autonomes. *A priori*, dans cette entreprise, il n'existe qu'un seul ensemble : les différents centres ne sont nullement autonomes. L'entreprise n'est pas en partie une entreprise de stockage ou une entreprise secrétariat. Il s'agit d'une entreprise de vente de produit de beauté. Et le stockage comme le secrétariat ne servent qu'au bon déroulement de cette activité. Il n'y a donc pas de centres d'activités autonomes.

Ensuite, il faut chercher quelle est l'activité principale. La question est ici facilement résolue. Il s'agit d'une entreprise commerciale et donc c'est le critère du chiffre d'affaires qui doit être pris en compte. Or, ici, le chiffre d'affaires vient exclusivement de la vente à domicile. Il s'agit donc de l'activité principale et même de l'activité unique. Les conventions du secrétariat et du stockage n'ont aucune vocation à s'appliquer.

Le choix d'appliquer ou non la convention collective de la Région parisienne dépend d'abord de la question suivante : les salariés de la Région parisienne forment-ils un établissement distinct ?

Les critères jurisprudentiels de l'établissement (v. n° 1008 et s.) sont clairement absents du cas pratique. Il est notamment nécessaire qu'un représentant de l'employeur soit présent et dirige les salariés au sein de l'établissement. Rien de tel en l'espèce.

Il serait possible de plaider que la notion d' « établissement » demeure une notion fonctionnelle, qu'elle doit s'adapter à la question posée. Qu'il s'agit ici d'appliquer une convention collective conçue pour des salariés amenés à assumer l'important coût de la vie à Paris. Et qu'elle doit donc bénéficier aux seuls salariés parisiens…

Mais alors, faudrait-il généraliser la solution et appliquer à chaque salarié de l'entreprise une convention départementale différente selon son lieu d'implantation ? et reconnaître ainsi autant d'établissements distincts qu'il y a de lieu de travail ?… À moins de considérer qu'il n'y a que deux établissements, un à Paris pour les Parisiens, et un à Dijon pour tous les provinciaux…

Aucune de ces solutions ne semble satisfaisante ni crédible. Les salariés parisiens ne forment pas un établissement. Il n'existe qu'un seul établissement dans toute l'entreprise.

Reste à savoir où il est principalement situé. L'implantation principale est celle où travaillent le plus de salariés. Les soixante Parisiens sont plus nombreux que les seize Dijonnais. Mais tous les salariés passent à Dijon. Ce temps de passage mensuel est cependant trop court pour signifier un véritable lieu de travail. Et, si aucun autre lieu ne peut compter plus de salariés que l'antenne parisienne, tous les salariés de l'entreprise bénéficieront de la convention collective de la Région parisienne.

Black plaque (509,1)

chapitre

23

Modification et destruction des conventions collectives

Black plaque (510,1)

Plan analytique

section 1

Révision

section 2

Dénonciation

§ 1 Exclusion des conventions à durée déterminée

§ 2 Auteurs de la dénonciation

§ 3 Formes de la dénonciation

§ 4 Effets de la dénonciation

A. Négociation obligatoire

B. Maintien en vigueur provisoire

C. Conservation des avantages individuels acquis

section 3

Sortie du champ d'application

23

Modification et destruction des conventions collectives

Les conventions collectives peuvent toujours être modifiées. On parle alors de révision (§ 1). Lorsqu'elles sont à durée indéterminée, elles peuvent aussi être dénoncées unilatéralement par certains de leurs signataires (§ 2). L'application d'une convention collective peut encore être affectée lorsqu'une entreprise sort de son champ d'application (§ 3). 812

section 1

Révision

Les contrats peuvent être modifiés du commun accord unanime des parties. Cette solution du droit des obligations a eu la faveur de la jurisprudence, qui a exigé l'unanimité des signataires pour qu'une convention collective soit modifiée (v. les arrêts *Basirico* : Soc. 9 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 200 et Ass. plén. 20 mars 1992, *Bull. Ass. plén.*, n° 3). 813

Cette solution est cependant apparue trop rigide au législateur : elle empêchait la destruction des acquis conventionnels par la voie de la révision, dès lors qu'une unique organisation syndicale s'y opposait. Aussi la loi du 31 décembre 1992 est-elle intervenue pour inverser le principe. 814

Après cette loi Aubry, il suffisait d'une seule signature pour que la convention soit révisée : un seul syndicat minoritaire pouvait ainsi détruire l'œuvre des autres syndicats de salariés. Ces derniers ne pouvaient s'opposer que s'ils avaient recueilli la majorité des voix des électeurs *inscrits* aux élections professionnelles. Ainsi, même avec 75 % des *suffrages exprimés*, un syndicat ne pouvait s'opposer à la destruction par révision des avantages d'une convention collective, pour peu que le taux d'abstention ait été, comme c'est le cas en moyenne, de 40 %.

La loi du 4 mai 2004 a permis d'adopter un système un peu plus acceptable. Désormais, pour qu'une convention collective soit efficacement modifiée, il faut suivre les mêmes formes et conditions que celles exigées pour la conclusion d'une nouvelle convention collective (art. L. 132-7 al. 1er C. trav. ; L. 2222-5 recod.). La majorité nécessaire à l'opposition ou à la conclusion selon le cas, se compte donc en pourcentage des *suffrages exprimés* (pour une description plus précise des conditions de conclusion d'une convention collective, v. n° 764 et s.). 815

On notera toutefois que seules les parties à une convention collective peuvent en signer la révision. Un syndicat non signataire doit cependant être invité à la négociation. S'il 816

Black plaque (512,1)

désire la signer, il lui suffira d'y adhérer préalablement (art. L. 132-7 al. 2 C. trav. ; L. 2261-7 recod.).

817 La révision d'une convention collective est d'application immédiate : les dispositions antérieures cessent immédiatement tout effet, même si elles étaient plus favorables aux salariés.

section 2

Dénonciation

818 La dénonciation est une faculté ouverte exclusivement à l'encontre des conventions à durée indéterminée (§ 1). La question des auteurs aptes à dénoncer une convention collective est devenue plus difficile depuis la loi du 4 mai 2004 (§ 2). Les formes de la dénonciation sont calquées, à peu de chose prêt, sur celles des conventions collectives (§ 3). Les effets d'une dénonciation sont en principe retardés et progressifs (§ 4).

§ 1 Exclusion des conventions à durée déterminée

819 Jusqu'à l'expiration de leur terme, les conventions à durée déterminée ne peuvent pas être dénoncées. Lorsque ce terme survient, en principe, la convention demeure applicable. Elle se transforme simplement en convention à durée indéterminée (art. L. 132-6 C. trav. ; L. 2222-4 recod.). Elle peut alors, naturellement, être dénoncée.

Dès lors, la stipulation d'un terme dans une convention collective vaut, en principe, comme la stipulation d'une période de garantie contre la dénonciation. Ce qui explique pourquoi le législateur a limité la durée déterminée d'une convention collective à un maximum de cinq ans (art. L. 132-6 al. 2 C. trav. ; L. 2222-4 al. 3 recod.). Une convention insusceptible d'être dénoncée pendant une durée supérieure apparaîtrait excessivement solide.

820 Un terme peut toutefois avoir pour effet d'éteindre immédiatement tous les effets d'une convention collective, mais c'est à la condition que cet effet extinctif ait été clairement et expressément stipulé.

§ 2 Auteurs de la dénonciation

821 La question des personnes qui peuvent signer efficacement une dénonciation est actuellement relativement difficile.

Les textes sont antérieurs à la réforme du 4 mai 2004. Et leur sens semble devoir évoluer, si l'on veut que le droit positif conserve une cohérence.

822 L'article L. 132-8 du Code du travail distingue deux hypothèses :

– la dénonciation qui émane de la totalité des signataires employeurs ou de la totalité des signataires salariés d'une part (art. L. 2261-10 recod.) ;

Black plaque (513,1)

– et la dénonciation qui émane d'une partie seulement des signataires employeurs ou salariés d'autre part (art. L. 2261-11 et L. 2261-12 recod.).

823 La première hypothèse est claire. Tous les signataires qui forment la partie patronale ou tous les signataires qui forment la partie salariale dénoncent. L'accord ne peut se maintenir sans partie patronale, ou sans partie salariale. La dénonciation est donc efficace et elle produit pleinement tous ses effets (sur lesquels v. n° 834 et s.).

824 Une seconde hypothèse est, elle aussi, assez claire. Une dénonciation peut très bien n'affecter qu'une partie du champ d'application de la convention collective. Si tous les signataires qui permettent de fonder l'applicabilité d'une convention collective dans un champ donné dénoncent, la convention est affectée dans ce champ, mais dans ce champ seulement. La convention peut continuer à s'appliquer pleinement dans un autre champ. Ce qui se comprend mieux au travers d'exemples :

– soit une convention signée par deux employeurs. L'un dénonce, l'autre pas. La convention est efficacement dénoncée dans le champ de l'entreprise de l'employeur qui a dénoncé. Mais elle reste pleinement applicable dans l'entreprise de l'employeur qui n'a pas dénoncé ;

– soit encore une convention collective étendue de la boulangerie pâtisserie signée par des organisations d'employeurs représentatives dans la boulangerie et par d'autres organisations d'employeurs représentatives dans la pâtisserie. Si toutes les organisations d'employeurs représentatives dans ce dernier champ dénoncent, la convention n'en demeurera pas moins pleinement applicable à ceux qui n'ont pas dénoncé : les boulangers. Elle ne sera dénoncée que pour les pâtissiers. Cette dernière solution découle au demeurant clairement de l'article L. 132-14 du Code du travail (L. 2261-1 recod.).

825 La principale difficulté porte sur une dénonciation réalisée par une partie des signataires représentatifs dans un champ, alors qu'une autre partie de ces signataires n'a pas dénoncé. On peut raisonner sur l'exemple le plus commun, qui est aussi le plus simple. Une convention collective d'entreprise est signée par plusieurs syndicats représentatifs dans l'entreprise. L'un seulement de ces syndicats dénonce. Les autres ne dénoncent pas. Que se passe-t-il ?

826 L'article L. 132-8 alinéa 4 dispose (L. 2261-11 recod.) : « Lorsque la dénonciation est le fait d'une partie seulement des signataires employeurs ou des signataires salariés, elle ne fait pas obstacle au maintien en vigueur de la convention ou de l'accord entre les autres parties signataires ».

Cela peut signifier deux choses très différentes.

La première est que, malgré la dénonciation par un syndicat, la convention *doit* rester en vigueur entre les signataires qui demeurent.

La seconde est que, malgré cette dénonciation, la convention *peut* rester en vigueur entre les signataires qui demeurent, *mais à la condition que ceux-ci soient aptes à signer ensemble une convention collective valide*.

827 En 1982, date d'adoption de ce texte, le problème n'existait pas. Un syndicat de salarié même ultra-minoritaire, même seul, pouvait valablement conclure une convention collective. S'il reste un signataire, si en d'autres termes tous n'ont pas dénoncé, il reste aussi un syndicat capable de conclure seul une convention collective valide.

Black plaque (514,1)

Le problème est apparu d'abord avec la création d'un droit d'opposition pour certaines conventions (les conventions dérogatoires). Il est maintenant généralisé. Le ou les syndicats qui n'ont pas dénoncé, qui donc restent signataires, ne sont pas forcément aptes à conclure une convention collective avec l'employeur : il se peut qu'ils soient minoritaires. Alors soit ils ne peuvent pas conclure de convention (si une majorité d'adhésion est exigée, v. n°s 771-772), soit ils peuvent le faire, mais leur convention pourra subir l'opposition des autres syndicats (hypothèse de principe, v. n°s 767-770).

La question peut donc se poser ainsi : *qu'advient-il si le syndicat de salarié signataire qui n'a pas dénoncé est minoritaire ?*

Cette question est d'une très grande importance pratique. Un exemple concret le fera mieux comprendre.

■ 828 Dans une entreprise, la question se pose de la mise en place du système des forfaits-jours, lequel est un mode de computation du temps de travail qui peut être intéressant, mais qui présente d'importants dangers (v. n° 338). Ce système suppose la signature d'une convention collective. L'employeur est favorable au système, mais les syndicats sont partagés. L'un, le syndicat A, l'accepte. L'autre, le syndicat B, le refuse. Le syndicat A est majoritaire, il conclut donc valablement une convention collective qui crée le forfait-jour, sans que le syndicat B puisse s'y opposer.

Le temps passe, le résultat du nouveau mode de calcul du temps de travail s'avère en pratique totalement infernal, les salariés travaillent en moyenne soixante heures par semaine sans percevoir d'heures supplémentaires. Le syndicat qui avait refusé fait campagne sur ce thème lors des nouvelles élections professionnelles. Et il remporte 98 % des suffrages. Peut-il attaquer seul la convention collective (on suppose que le syndicat A reste favorable à la convention) ?

Il y a deux manières de répondre : « non ».

■ 829 La première est de dire que seules les organisations signataires peuvent dénoncer un accord (art. L. 132-8 al. 1er ; L. 2261-9 recod.). Pour contrer cette règle, cependant, il suffit au syndicat B d'adhérer à la convention. Ce à quoi les signataires initiaux ne peuvent s'opposer (art. L. 132-9 C. trav. ; L. 2261-3 recod.).

■ 830 La seconde est bien plus intéressante et bien plus difficile à contrer. On reconnaît que le syndicat B, qui vient d'adhérer, peut dénoncer. Mais on invoque l'article L. 132-8 alinéa 4, précité (L. 2261-11 recod.), en affirmant que ce texte ordonne le maintien de convention collective entre les signataires qui demeurent.

Ce raisonnement est relativement solide. Il semble s'appuyer sur le sens le plus naturel du texte cité (v. ci-dessus). Et il pourrait bien l'emporter devant les juges.

■ 831 Il est cependant en opposition frontale avec l'incorporation en droit français du principe majoritaire. Une nouvelle majorité doit pouvoir défaire ce que la précédente majorité a fait. L'irréversibilité serait non seulement antidémocratique, mais tout à fait contraire à l'esprit de la loi du 4 mai 2004.

Il faut donc espérer que les juges sauront, par une interprétation créatrice, donner au texte ancien un sens compatible avec l'esprit de la réforme de 2004.

■ 832 Si cette jurisprudence survient, *la dénonciation d'un syndicat majoritaire produira les mêmes effets que la dénonciation opérée par la totalité des signataires*. Et, de même, équivaudrait à une dénonciation totale de la convention de branche, selon le cas, la

Black plaque (515,1)

dénonciation d'une majorité de syndicats représentatifs dans la branche, ou des syndicats représentant la majorité des salariés de la branche selon le cas (v. n° 734 et s.).

833 Ces solutions pourraient n'être admises que dans certains cas. Elles pourraient ne s'imposer qu'après que de nouvelles élections aient changé les majorités, pour que les délais d'opposition gardent un sens. Elles pourraient aussi être réservées aux hypothèses dans lesquelles c'est la majorité d'adhésion qui est requise...

La première de ces réserves est toutefois plus convaincante que la seconde. Il appartiendra à la jurisprudence de trancher ces difficiles questions.

On notera que la destruction d'une convention par la dénonciation d'un syndicat majoritaire se verrait appliquer les règles qui limitent les effets des dénonciations. Après le changement de majorité, l'employeur aura donc 15 mois pendant lesquels les dérogations conventionnelles aux protections légales continueront à s'appliquer (v. n° 838). Et cette durée peut sembler très suffisante.

§ 3 Formes de la dénonciation

834 L'article L. 132-8 alinéa 2 (L. 2261-9 recod.) prévoit que la dénonciation doit être notifiée par son auteur à tous les autres signataires. Il prévoit qu'en outre cette dénonciation doit être déposée, comme une convention collective l'est. Cette solution est logique : la dénonciation affecte l'acte, elle en menace l'applicabilité. Elle doit donc être déposée, faute de quoi les dépositaires et ceux qui les consultent pourraient croire de bonne foi que l'acte n'a pas été affecté.

§ 4 Effets de la dénonciation

835 Les dénonciations partielles, qui ne visent que certains passages d'une convention, sont nulles (Soc. 21 novembre 1973, *Bull. civ.* V, n° 478). Il en va de même, logiquement, des dénonciations qui ne visent que certains avenants ou qui ne visent que des annexes d'une convention collective (Soc. 16 mars 1995, *Bull. civ.* V, n° 92 ; Soc. 12 octobre 2005, *Bull. civ.* V, n° 289).

Afin d'éviter les brusques disparitions de statut collectif, le législateur a tempéré les effets dans le temps d'une dénonciation. Pendant une première période, la convention reste totalement applicable (B). Ensuite, les avantages individuels acquis par les salariés sont conservés (C). De plus, une négociation doit suivre la dénonciation (A).

836 Certaines dénonciations sont opérées par des signataires dont l'absence n'affecte en rien l'applicabilité de la convention (v. ci-dessus, n°s 820-832). Il ne sera question ici que des effets des dénonciations efficaces.

A. Négociation obligatoire

837 Lorsqu'une dénonciation efficace a eu lieu, une négociation doit s'engager dans les trois mois qui suivent (art. L. 132-8 al. 3 C. trav. ; L. 2261-10 recod.). Cette obligation de négocier s'impose aux employeurs comme aux syndicats. Mais elle est conditionnée par la demande de l'une des parties. Si personne ne réclame la négociation, elle

Black plaque (516,1)

pourra ne pas avoir lieu, sans que personne ne soit considéré comme fautif. À la différence de la négociation annuelle obligatoire, la carence de l'employeur n'est donc pas répréhensible tant qu'une demande de négociation ne lui est pas parvenue.

B. Maintien en vigueur provisoire

■ 838 La durée du préavis est, sauf stipulation expresse contraire, de trois mois (art. L. 132-8 al. 1er C. trav. ; L. 2261-9 recod.). L'idée du texte est celle d'une possible stipulation d'un préavis plus long. Mais sa rédaction laisse à penser qu'un préavis plus court pourrait aussi être efficacement stipulé.

À l'échéance du préavis, la convention reste encore en vigueur pendant une durée minimale d'un an. Cette fois, le texte dispose clairement qu'une stipulation contraire ne peut qu'accroître cette durée (art. L. 132-8 al. 3 C. trav. ; L. 2261-10 recod.).

Pendant ce maintien en vigueur provisoire d'une durée de principe de quinze mois, la convention collective conserve pleinement sa force obligatoire (v. Soc. 26 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 278 ; *Dr. soc.* 1998. 886, obs. G. Couturier ; *JCP* E 1999. 126, obs. F. Bousez) : des syndicats et des employeurs peuvent y adhérer, elle bénéficie impérativement aux salariés nouvellement embauchés, etc.

Le maintien en vigueur cesse toutefois immédiatement si une convention est « substituée » à l'accord dénoncé (art. L. 132-8 al. 3 C. trav. ; L. 2261-10 recod.). Il est précisé un peu plus loin qu'il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la convention dénoncée est « remplacée » par un « nouvel accord » (art. L. 132-8 al. 6 C. trav. ; L. 2261-13 recod.). Cela signifie qu'une nouvelle convention est nécessaire et que celle-ci doit « remplacer », c'est-à-dire prendre la place de l'ancienne. Cette « place » se définit comme un niveau de négociation (une convention d'entreprise ne peut remplacer une convention de branche), comme un champ d'application (Soc. 7 juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 192), et comme un type de contenu (un accord sur le temps de travail ne peut remplacer une convention collective généraliste qui traite de toutes les questions) : le nouvel accord doit avoir le même objet que l'ancien (en ce sens, v. Soc. 30 novembre 1994, *Blineau*, *Bull. civ.* V, n° 319 ; *Dr. soc.* 1995. 178, note J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 165).

Il n'est bien entendu pas nécessaire que le nouvel accord soit aussi favorable que l'ancien. Pour traiter des mêmes matières que l'ancien accord, l'accord remplaçant peut se contenter de mentionner rapidement que, sur ces matières, seuls sont applicables les minima légaux.

■ 839 En cas d'accord remplaçant adopté pendant la période de maintien en vigueur, la convention collective dénoncée cesse immédiatement tous ses effets. Il n'est pas question de maintien des avantages individuels acquis. La solution est logique : la convention remplaçante est une convention collective valable. Elle a donc été adoptée selon des règles qui sont aussi applicables pour la révision des conventions collectives. Ce qui peut immédiatement modifier une convention pleinement applicable peut aussi, logiquement, remplacer immédiatement une convention collective déjà dénoncée.

■ 840 Si à l'échéance de la période de maintien en vigueur provisoire, la convention n'a toujours pas été remplacée, la convention cesse de s'appliquer, mais en partie seulement : les salariés conservent leurs « avantages individuels acquis ».

Black plaque (517,1)

C. Conservation des avantages individuels acquis

841 Au terme de l'article L. 132-8 alinéa 6 du Code du travail (L. 2261-13 recod.), si le maintien en vigueur provisoire s'achève sans qu'aucun accord n'ait remplacé l'ancien, les salariés « conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis ».

Toutes les dispositions de la convention collective ne sont donc pas maintenues, mais certaines d'entre elles.

Pour être conservée la disposition doit d'abord être un avantage. Ce qui signifie qu'elle doit être plus favorable que la solution qui s'imposerait en son absence (sur la notion de disposition « plus avantageuse », v. not. n° 69 et s.).

Il faut encore qu'elle soit individuelle (1) et acquise (2). Alors la conservation est ordonnée. Il restera à préciser la force juridique de ces avantages conservés et comment ils peuvent à leur tour disparaître (3).

1. *Notion d'« individuel »*

842 Cessent tout d'abord de s'appliquer les dispositions qui sont collectives. Il existe deux sortes de dispositions collectives :

– les dispositions collectives *par leur objet* : ce sont des dispositions qui ne peuvent pas, pour des raisons matérielles, bénéficier aux uns sans bénéficier aux autres. La qualité d'un échafaudage, une température de chauffage des locaux garantie, l'ordre des licenciements, un mode de répartition des pourboires (Soc. 12 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 62), sont autant de dispositions qui ne peuvent être conservées par les uns sans être conservées par les autres et sont donc, pour cette raison, collectives. La Cour de cassation semble avoir cependant une vision assez large de cette impossibilité d'appliquer aux uns sans appliquer aux autres et elle considère facilement que ce qui relève des conditions de travail est collectif, même si l'individualisation semblait *a priori* possible (Soc. 1er juin 2005, *Bull. civ.* V, n° 187) ;

– les dispositions collectives par leur finalité. Ce sont des dispositions qui, comme les précédentes, ne peuvent être conservées par les uns sans bénéficier aux autres. Mais cette fois-ci ce n'est pas pour des raisons matérielles, mais pour des raisons qui tiennent à leur finalité : elles ont pour fin de bénéficier à l'entière collectivité de travail, sans distinction. Telle sera le cas d'un délégué du personnel supplémentaire, d'heures de délégation supplémentaires, de la mise en place d'un conseil disciplinaire, etc.

843 Réciproquement, les dispositions individuelles sont celles qui sont susceptibles d'utilisation privative, celles qui peuvent être conservées par les uns sans l'être par les autres, celles dont le salarié bénéfice « à titre personnel », selon les termes choisis par la Cour de cassation (Soc. 13 mars 2001* ; Soc. 23 mai 2006*). Seront ainsi individuels des droits à congés supplémentaires, une indemnité de licenciement avantageuse, un avantage en matière de salaire...

2. *Notion d'« acquis »*

844 Parmi les dispositions individuelles, toutes ne sont pas préservées. Seules le sont, d'après la jurisprudence, celles qui sont « acquises ». Le mot vient d'une revendication sociale (« il faut défendre les acquis »). Son sens juridique, dans le contexte de la dénonciation des conventions collectives, est moins évident.

Black plaque (518,1)

845 Le sens le plus proche du sens commun reviendrait à se référer à la solidité de l'avantage, à sa capacité à résister aux atteintes qui peuvent lui être portées. L'acquis est ce que l'on ne perd pas (ou ce que l'on ne perd que plus difficilement). Le texte de l'article L. 132-8 alinéa 6 (L. 2261-13 recod.) serait alors partiellement redondant. Il signifierait que, parmi les avantages individuels, « doivent être conservés les avantages qui doivent être conservés ». Le mot « acquis » serait alors vide de contenu normatif, mais conforme aux principes du droit transitoire, lesquels ordonnent, pour les avantages individuels susceptibles d'être intégrés aux contrats individuels, une survie de la règle ancienne régissant les contrats en cours. Cette compréhension large a été retenue par la Cour de cassation, lorsqu'il s'agissait d'évaluer la portée des clauses conventionnelles de maintien des avantages acquis (v. not. Soc. 15 janvier 1964, *Bull. civ.* V, n° 45 ; Soc. 3 mars 1965, *Bull. civ.* V, n° 180 et n° 183 ; Soc. 13 novembre 1959, *Bull. civ.* IV, n° 1135 ; Soc. 28 mai 1959, *Bull. civ.* IV, n° 640). Puis elle a été abandonnée, pour ces mêmes clauses, depuis 1969 (Soc. 5 mars 1969, *Grisot*, *Bull. civ.* V, n° 155 ; *Dr. soc.* 1969. 508, obs. J. Savatier).

846 Selon la Cour de cassation, il est depuis nécessaire de distinguer, parmi les avantages individuels, certains avantages qui sont « acquis » et d'autres qui ne le sont pas. La difficulté a été de trouver un critère pour classer ces avantages.

847 La Cour de cassation a un temps utilisé le critère suivant : sont acquis les avantages dont le salarié a bénéficié antérieurement (Soc. 5 mars 1969, *Grisot*, *préc.*). La solution avait des conséquences absurdes. Il aurait fallu, par exemple, conserver les avantages en matière de maladie à ceux qui ont été malades avant la fin du maintien en vigueur de la convention collective. Et les refuser à ceux qui, parce qu'ils étaient en bonne santé, n'avaient pas eu le temps d'en bénéficier. Aussi la solution a-t-elle été abandonnée (Soc. 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 402). Puis utilisée à nouveau (Soc. 1er décembre 1993, *Bull. civ.* V, n° 296 ; *D.* 1994. Jur. 334, note E. Dockès). Puis abandonnée une seconde fois (Soc. 13 mars 2001*). Cette valse hésitation en dit long sur la difficulté d'une recherche de critère.

848 Un autre critère a été utilisé par la Cour de cassation. Plus flou, il a l'avantage de laisser un peu de marge d'appréciation aux juges, au cas par cas. Il oppose les droits « ouverts », qui sont acquis, aux droits qui sont simplement « éventuels », et qui ne le sont pas (v. Soc. 19 juin 1987, *préc.* ; Soc. 27 février 1991, *Bull. civ.* V, n° 103 ; Soc. 13 mars 2001* ; Soc. 28 avril 2006, *Bull. civ.* V, n° 155 ; Soc. 23 mai 2006*). Reste à savoir ce que sont les droits « ouverts » et les droits « éventuels ». Ce qui n'est pas très simple.

La jurisprudence exclut systématiquement les droits relatifs au licenciement ou plus généralement à la rupture du contrat de travail (v. not. Soc. 11 décembre 1986, *Bull. civ.* V, n° 596 ; Soc. 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 402 ; Soc. 23 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 297, *Dr. soc.* 1999. 973, obs. B. Gauriau). À l'inverse elle a qualifié d' « acquis » les primes et autres éléments de salaire (Soc. 6 novembre 1991, *préc.* ; Soc. 1er décembre 1993, *préc.* ; Soc. 13 mars 2001* ; Soc. 28 avril 2006, *préc.*), ainsi que des droits à congés supplémentaires lorsque les jours fériés tombent un jour de repos (Soc. 23 mai 2006*). Mais les méthodes stipulées pour la réévaluation des salaires à l'avenir ne sont pas acquises (Soc. 26 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n° 32).

Il n'est pas très facile de tirer un critère de tout cela.

Black plaque (519,1)

849 On peut cependant penser, en tendance, que sont maintenus comme « acquis » les droits cycliques ou continus, les droits dont le salarié est normalement appelé à bénéficier régulièrement. Seraient en revanche exclus du maintien les droits qui n'interviennent qu'une fois (comme ceux liés au licenciement), ceux qui n'interviennent qu'accidentellement (comme ceux liés à la maladie), et plus généralement ceux qui sont simplement ponctuels (comme ceux liés à la maternité, ou l'application d'une future augmentation des salaires).

3. *Force obligatoire des avantages conservés*

850 L'avantages individuel acquis maintenu s'incorpore au contrat individuel de travail (Soc. 6 novembre 1991, *Berland*, *Bull. civ.* V, n° 479 ; *D.* 1992. Somm. 295, obs. M.-A. Rotschild-Souriac ; *Dr. soc.* 1992. 81 ; Soc. 13 mars 2001* ; Soc. 28 avril 2006, *Bull. civ.* V, n° 155).

La disposition conventionnelle maintenue au titre des avantages individuels acquis devient l'équivalent d'une clause de chaque contrat individuel de travail en cours à la fin du maintien en vigueur provisoire.

851 Pour détruire de tels avantages, l'employeur devra donc suivre la procédure de modification des contrats individuels de travail (v. n° 82 et s.). Il semble qu'alors la survenance d'un accord de substitution n'aura plus d'effet destructeur, une convention collective n'ayant pas la possibilité de détruire des dispositions plus avantageuses incluses au sein des contrats individuels de travail (v. n° 76).

section 3

Sortie du champ d'application

852 Lorsqu'une entreprise sort du champ d'application d'une convention collective, l'applicabilité de cette convention est affectée. Il existe diverse situations de ce type. Une entreprise peut sortir du champ d'application professionnel d'une convention de branche parce qu'elle change d'activité, ou bien sortir de son champ territorial, parce qu'elle déménage. De telles sorties peuvent encore avoir lieu en cas de changement d'employeur. Ainsi l'applicabilité d'une convention d'entreprise sera affectée à chaque fois que le nouvel employeur ne signe pas la convention d'entreprise que l'ancien employeur avait, lui, signée. Ou bien encore l'ancien employeur était membre d'une organisation signataire d'une convention de branche non étendue, alors que l'ancien ne l'est pas, etc.

Toutes ces hypothèses sont qualifiées de « mise en cause » par l'article L. 132-8 alinéa 7 (L. 2261-14). Et ce texte prévoit alors que des solutions analogues à celles applicables en cas de dénonciation sont applicables. La convention anciennement applicable reste donc en principe en vigueur pendant une période de trois mois (préavis), puis d'un an. Si aucun accord n'est venu la remplacer d'ici là, les salariés conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis (sur ces différentes règles, v. ci-dessus).

La situation concrète est toutefois un peu différente de celle d'une dénonciation, ce qui pourrait influer sur la notion d'accord « substitué ».

Black plaque (520,1)

853 Il se peut en effet que la sortie d'un champ d'application soit aussi l'occasion d'entrer dans le champ d'application d'une nouvelle convention collective. Ainsi, en cas de fusion, il se peut que, chez le nouvel employeur, il existe une convention d'entreprise applicable. Il se peut aussi qu'en changeant d'activité l'employeur entre dans le champ d'application d'une autre convention de branche.

Une première chose est claire : lorsque des salariés entrent dans le champ d'application d'une convention collective, celle-ci s'applique à eux. Ils bénéficient donc bien alors d'une convention nouvellement applicable. Et celle-ci peut être de même niveau que la convention qu'ils viennent de quitter. La question est alors simple : la convention nouvellement applicable remplace-t-elle la convention mise en cause ?

854 À cette question, la Cour de cassation a répondu, avec fermeté, par la négative. La convention nouvellement applicable ne remplace pas l'ancienne. La convention collective qui peut se substituer à la convention mise en cause ne peut être que la convention issue de la négociation collective obligatoire qui suit la mise en cause. Celle qui a été conclue, aux termes de l'article L. 132-8 alinéa 7 « soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions » (l'art. L. 2261-14 recod. reprend ce texte en remplaçant le mot « disposition » par « stipulation », ce qui ne change rien). Il ne peut donc s'agir que d'une convention collective nouvelle, postérieure à la mise en cause. Et non de la convention collective ancienne, nouvellement applicable (Soc. 14 mai 1992, *Sté Vaulx Distribution** ; Soc. 1er décembre 1993, *Bull. civ.* V, n° 296 ; *D.* 1994. Jur. 334, note E. Dockès). La convention d'origine devra donc s'appliquer en plus de celle-ci pendant le temps du maintien en vigueur provisoire, sauf conclusion d'un nouvel accord d'adaptation. Et les règles qui permettent de combiner deux conventions collectives de même niveau, en appliquant les clauses les plus favorables de chaque convention, seront applicables (sur ces règles, v. nos 70-73).

855 On peut toutefois considérer que, pour des raisons pratiques, l'accord substitué peut être un accord de niveau inférieur à l'accord affecté. En cas de changement d'activité faisant passer d'une convention de branche à une autre, la négociation obligatoire d'adaptation de l'article L. 132-8 alinéa 7 (L. 2261-14 recod.) n'a de sens que dans l'entreprise. Et si cette négociation aboutit à une convention d'adaptation, celle-ci doit pouvoir se « substituer » à la convention de branche antérieurement applicable, quoiqu'elle soit d'un autre niveau. Une petite nuance sépare alors la notion d'« accord substitué » en cas de dénonciation et en cas de sortie du champ d'application.

Black plaque (521,1)

Biblio

- E. Dockès, « L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.* 1993. 826.
- Y. Aubrée, « Le concept légal d'avantage individuel acquis », *RJS* 2000. 699.
- M.-L. Morin, « La révision des conventions et accords collectifs après la loi du 5 mai 2005 », *RJS* 2005. 87.
- G. Auzero, « La vie des conventions et accords collectifs de groupe », *RDT* 2006. 230-235.

Documents

Les avantages individuels acquis

Soc. 13 mars 2001, *Le Peuc'h*, *Bull. civ.* V, n° 90 ; *Dr. ouvrier* 2001. 261, note E. Dockès, *Dr. soc.* 2001. 571, obs. C. Radé ; *SSL* n° 1021 du 26 mars 2001, avis P. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n° 166

« Mais attendu qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel ;

Et attendu que l'article 16 dénoncé de la convention collective, sous le titre « durée du travail », accordait dans son paragraphe 16.4.2 une rémunération supplémentaire égale à une demi-heure de travail à la salariée qui, au cours d'une même journée, était amenée à changer de famille ;

D'où il suit que la cour d'appel a exactement décidé que cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées demanderesses à l'action, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produit effet et devait être maintenu pour l'avenir ».

Soc. 23 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 183

« Mais attendu qu'après avoir rappelé à bon droit qu'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspond à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel, le conseil de prud'hommes a exactement décidé que le jour supplémentaire de congé accordé par l'article 53 de la convention collective dénoncée aux employés dont le repos hebdomadaire coïncidait avec un jour férié dont les salariées (demanderesses) avaient déjà bénéficié à titre personnel, avait la nature d'un avantage individuel acquis au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail ».

Black plaque (522,1)

L'accord substitué

Soc. 14 mai 1992, *Sté Vaulx Distribution*, *Bull. civ.* V, n° 310 ; *D.* 1993. 67, note N. Decoopman ; *Grands arrêts*, n° 164

« Mais attendu, qu'en vertu des dispositions combinées des troisième et septième alinéas de l'article L. 132-8 du Code du travail, lorsque l'application d'une convention ou d'un accord collectif est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou à défaut pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis, sauf clause prévoyant une durée déterminée supérieure ; que la convention ou l'accord substitué visé par ce texte est celui résultant de la négociation qui doit s'engager dans l'entreprise, soit pour l'adaptation des dispositions conventionnelles antérieures à celles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions selon le cas ».

Quiz

Sujet corrigé : cas pratique

Énoncé

La SARL Pourmoi, décrite au cas pratique du chapitre précédent, est toujours une entreprise de vente à domicile de produit de beauté, qui compte cent cinquante salariés à temps plein. Trois délégués syndicaux ont été désignés dans cette entreprise. Ils représentent respectivement la CGT, la CGT-FO et la CFDT. Aux élections du comité d'entreprise de mars 2006, au premier tour, la CGT et la CFDT ont obtenu chacune 40 % des suffrages exprimés, la CGT-FO recueillant les 20 % restants.

Les trois délégués ont conclu avec le chef d'entreprise, le 10 décembre 2005, une convention collective (ci-dessous reproduite).

À la suite des plaintes reçues sur la longueur de certaines journées de travail, les délégués CGT et CFDT décident de dénoncer la convention : l'acte de dénonciation est dûment déposé et notifié aux autres signataires le 1er juin 2006.

Quels sont les effets de cette dénonciation ?

Convention collective de la SARL Pourmoi

« Article 1 : Au 20 janvier de chaque année, une somme de 50000 euors sera répartie également entre les dix salariés qui auront réalisé le plus gros chiffre d'affaire dans l'année précédente.

Article 2 : Sauf faute grave, l'indemnité de licenciement a pour montant le produit du nombre d'années d'ancienneté par le quart du salaire mensuel.

Article 3 : La durée maximale de travail quotidien est de 12 heures par jour, par application de l'article D. 212-16 du Code du travail.

Fait à Dijon, le 10 décembre 2005,

(les signatures requises suivent). »

Black plaque (523,1)

Corrigé

Il faut tout d'abord se demander si la dénonciation est efficace.

Pour ce faire, il faut tout d'abord se demander si les auteurs de la dénonciation sont bien majoritaires : les résultats susvisés n'indiquent pas le taux d'abstention et, si ce taux était supérieur à 50 %, les résultats ne sont pas pris en compte (v. n° 774).

On supposera pour la suite que ce taux était inférieur et qu'ils sont bien majoritaires.

La question est alors de savoir si une dénonciation majoritaire des syndicats doit être porteuse des mêmes effets qu'une dénonciation unanime (sur les termes de ce débat, v. n°s 820-832). La question est ouverte, et l'on choisira donc de traiter les deux possibilités.

Si la dénonciation est inefficace, le cas pratique s'arrête là.

Si la dénonciation est efficace, il reste à appliquer les dispositions de l'article L. 132-8 du Code du travail (L. 2261-10 recod.).

On compte quinze mois : pendant tout ce temps, la convention s'applique normalement, sauf nouvel accord venant se substituer à l'ancien.

À l'issue de ces quinze mois, au 1er septembre 2007, seuls demeurent les avantages individuels acquis.

L'article 2 est un avantage relatif au licenciement, il n'est donc pas « ouvert » selon la jurisprudence. Ce n'est pas un acquis (on pourra en profiter pour dire un mot de la question du critère de l'acquis, ou pour critiquer ce critère). On n'omettra pas de dire que la solution est clairement affirmée par la jurisprudence, s'agissant d'un avantage relatif au licenciement.

Sur l'article 3 : la dérogation au principe légal, autorisée par l'article D. 212-16 du Code du travail, n'est pas un « avantage ». Elle cesse donc de produire ses effets. Le droit commun de l'article L. 212-1 du Code du travail (L. 3121-34, recod.), qui prévoit dix heures de travail maximales (v. n° 315) redevient applicable.

La question que pose l'article 1er est celle du caractère individuel ou collectif : un système de répartition n'est collectif que s'il ne peut bénéficier aux uns sans bénéficier aux autres. Ici le mode de calcul est simple et peut s'appliquer à certains seulement, sans s'appliquer aux autres : qui finit dans les dix premiers vendeurs a droit à une prime de 5 000 euros. Malgré la forme choisie pour exprimer la prime, il n'y a là rien de collectif.

De plus, il s'agit d'une prime, d'un élément du salaire et donc d'un acquis. La prime de l'article 1er est donc incorporée au sein des contrats individuels de travail.

TITRE 9

Les institutions représentatives

856 Les différentes institutions représentatives sont apparues progressivement, avec dans l'ordre : les délégués du personnel en 1936, le comité d'entreprise en 1945, la section syndicale et les délégués syndicaux en 1968, le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) en 1982, le comité d'entreprise européen en 1994 et le comité d'entreprise de la société européenne en 2005. Au final, un tel nombre d'institutions représentatives dépasse l'utile séparation des tâches et peut conduire à une véritable division des forces.

857 Il est deux types d'institutions représentatives. Les unes représentent le personnel. C'est notamment le cas du comité d'entreprise et des délégués du personnel. Les autres représentent le syndicat : c'est principalement le cas du délégué syndical.

La distinction reste forte. Les représentants du personnel sont en principe élus. Les représentants du syndicat sont désignés par le syndicat. Les syndicats sont soutenus par la liberté syndicale (v. l'al. 6 du préambule de la Constitution de 1946 et n°s 665-666) et les élus, par le droit à la participation, (v. l'al. 8 du préambule de la Constitution de 1946). Les légitimités sont distinctes ; les fonctions sont distinctes. Mais distinguer n'est pas opposer. Et le droit ne cesse de jeter de nouvelles passerelles de l'une à l'autre de ces représentations complémentaires.

858 Les syndicats désignent les candidats au premier tour des élections des représentants du personnel. Ils désignent des représentants aux comités d'entreprise. Ils désignent aussi les membres du comité de groupe, les membres des comités européens... La négociation collective, qui leur appartient, est de plus en plus imbriquée avec les activités de consultation du comité d'entreprise. Enfin, les uns et les autres ont une fonction de représentation finalement assez proche. Représenter le syndicat, c'est exercer ses fonctions, c'est donc représenter les intérêts des salariés. Lorsque le comité d'entreprise représente les salariés, le lien est peut-être plus direct, mais il s'agit d'une représentation de type politique, il s'agit encore de représenter les intérêts des salariés.

859 Mieux, ces liens entre représentants ne cessent de se renforcer. La directive 11 mars 2002 (2002/14/CE) sur l'information et la consultation des travailleurs prévoit que « la consultation s'effectue... en vue d'aboutir à un accord » (v. art. 4-4 e) ; v. aussi la directive du 12 mars 2001, 2001/23/CE, sur les transferts d'entreprise, art. 7.2). De ce texte, il résulte qu'*en droit européen, la consultation est une négociation*.

Black plaque (526,1)

■ 860 En droit français, on s'efforce encore de bien distinguer la première (attribution du comité d'entreprise), de la seconde (attribution des délégués syndicaux). Mais déjà, on *négocie* de plus en plus la procédure des licenciements économiques et les plans sociaux, lesquels sont d'importantes attributions *consultatives* des comités d'entreprise. Et ces derniers sont *consultés* sur le temps et la durée du travail, objet central de la *négociation* obligatoire dans les entreprises. Enfin, la négociation collective, attribuée aux syndicats, est reconnue comme un droit de valeur constitutionnelle, au nom de la liberté syndicale, mais aussi au nom du droit à la participation des salariés à la gestion, droit qui soutien habituellement le comité d'entreprise (Cons. const. 6 novembre 1996*, v. document, chapitre 22).

Les procédures de négociation et de consultation restent distinctes en ce que leurs acteurs sont distincts. Mais certaines procédures nécessitent négociation et consultation. Interviennent alors successivement des élus, puis des délégués syndicaux, puis des élus, puis des délégués syndicaux... De plus, les représentants des syndicats sont présents lors de la consultation du comité d'entreprise et, souvent, des élus du comité d'entreprise complètent la délégation de négociation composée par le délégué syndical. Les procédures sont alors à ce point imbriquées qu'elles tendent se fondre, pour devenir des « consultations-négociations », ou plutôt des « consultations en vue d'aboutir à un accord », pour reprendre les termes européens.

■ 861 Le flou s'aggrave encore lorsque l'on sait qu'en pratique le cumul des mandats est fréquent : le délégué syndical est généralement aussi un élu. Et, constamment, en pratique, les fonctions juridiques des uns et des autres, sont dépassées, ignorées...

■ 862 Pour toutes ces raisons, il est souvent difficile de traiter d'une institution représentative sans se référer aux autres. Et, il n'est pas souhaitable d'exagérer dans un plan de manuel une séparation qui s'estompe en droit et en fait. Ce titre a donc été intitulé « Institutions représentatives ». Il y sera question des institutions représentatives du personnel, mais aussi de celles qui représentent les syndicats. Deux chapitres seront communs à ces différentes représentations.

Élus et désignés bénéficient des mêmes protections et exercent leurs fonctions en bénéficiant de la même technique : celle des heures de délégation (chapitre 27). Le rôle des syndicats est central au cours des élections. Il existe certains modes de désignation qui mélangent élection et désignation syndicale. L'unité dans laquelle un délégué syndical est désigné est en principe la même que l'unité dans laquelle les élections sont organisées... Désignations par le syndicat et désignation par l'élection ont été réunies dans un même chapitre (chapitre 26).

Mais, avant d'aborder ces chapitres communs, il faut commencer par bien comprendre les institutions représentatives en elles-mêmes. La représentation des syndicats dans l'entreprise a été traitée dans la partie relative aux syndicats (n°s 697-702). Restent à aborder pour elles-mêmes les institutions représentatives du personnel, en commençant par la plus importante d'entre elles : le comité d'entreprise (chapitre 24). Les autres représentants du personnel suivront (chapitre 25).

Black plaque (527,1)

chapitre 24

Le comité d'entreprise

Black plaque (528,1)

Plan analytique

section 1

Composition et fonctionnement

§ 1 Composition et droits de vote

§ 2 Organisation

section 2

Attributions économiques

§ 1 Teneur

A. Domaine de l'information-consultation

B. Les informations dues

C. La procédure de consultation

§ 2 Moyens

§ 3 Sanctions

section 3

Activités sociales et culturelles

§ 1 Étendue

A. Exclusion des régimes de protection complémentaires obligatoires

B. Exclusion du salaire

C. Les autres obligations de l'employeur

D. Activités économiques et activités syndicales

§ 2 Moyens

A. Les deux seuils légaux

B. Le seuil réglementaire

Black plaque (529,1)

Le comité d'entreprise est informé et consulté sur l'ensemble des décisions de gestion de l'entreprise, dès lors qu'elles revêtent une certaine importance (section 2). Il a en outre la gestion exclusive des activités sociales et culturelles (section 3). Ces importantes attributions seront étudiées après qu'il ait été dit quelques mots de la composition et du fonctionnement du comité d'entreprise (section 1). 863

section 1

Composition et fonctionnement

Les réunions du comité d'entreprise peuvent rassembler un nombre relativement important de personnes, mais certains ont voix « consultative », ce qui signifie qu'ils peuvent s'exprimer, mais qu'ils ne votent pas lorsqu'il s'agit de prendre une décision (§ 1). Le fonctionnement du comité est, en outre, soumis à quelques règles d'organisation (§ 2). 864

§ 1 Composition et droits de vote

Le comité d'entreprise est composé : 865

– du chef d'entreprise, éventuellement assisté de deux collaborateurs (art. L. 433-1 al. 2 ; L. 2325-1 recod.) ;

– d'une délégation élue, comprenant autant de titulaires que de suppléants (art. L. 433-1 al. 1er C. trav. ; L. 2324-1 recod.) ;

– de représentants des syndicats (chaque syndicat représentatif peut désigner un représentant : art. L. 433-1 al. 4 C. trav. ; L. 2324-2 recod.).

Les représentants élus sont les membres à part entière du comité. Ils votent quel que soit le sujet. Les suppléants peuvent assister aux séances, mais ils ne votent pas (art. L. 433-1 al. 1er C. trav. ; L. 2324-1 al. 2 recod.).

Les représentants des syndicats ne votent pas (art. L. 433-1 al. 4 C. trav. ; L. 2324-2 recod.). Les deux collaborateurs du chef d'entreprise ne votent pas non plus (art. L. 433-1 al. 2 ; L. 2325-1 recod.).

Quand au chef d'entreprise, il vote ou il ne vote pas : tout dépend du type de décision qu'il s'agit de prendre. 866

L'article L. 434-3 du Code du travail (L. 2325-18 al. 2 recod.) dit qu'il ne participe pas au vote lorsqu'il « consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel ». De par ce texte, il apparaît clairement qu'il ne vote pas lorsque comité est consulté dans le cadre ses attributions économiques. Son droit de vote est encore

Black plaque (530,1)

exclu dans les matières annexes ou connexes à cette consultation. Par exemple, l'employeur ne vote pas pour l'affectation du budget de fonctionnement.

867 Dans les autres matières, la question est plus difficile.

La jurisprudence lui accorde le droit de voter sur les questions relatives à l'organisation du comité (Soc. 10 juillet 1991, *Bull. civ.* V, n° 335). Et notamment lors de l'élection du secrétaire (Soc. 22 novembre 1988, *Dr. soc.* 1989. 206, obs. J. Savatier ; Soc. 10 juillet 1991, *Bull. civ.* V, n° 355 ; Soc. 21 novembre 2000, *Dr. soc.* 2001. 29, concl. P. Lyon Caen, obs. M. Cohen ; Soc. 5 janvier 2005, pourvoi n° 02-19080). Il participe aussi au vote qui permet de désigner le trésorier (v. not. Soc. 5 janvier 2005, *préc.*).

Ces solutions sont contestables. Le vote de l'employeur est loin d'être quantité négligeable, surtout dans les entreprises de taille moyenne, où les élus sont peu nombreux. Or, le secrétaire du comité d'entreprise est le véritable patron du comité, le chef de la délégation du personnel (v. n° 871). Permettre ainsi au chef d'entreprise d'arbitrer entre les syndicats et de participer aux choix du plus important des représentants *du personnel*, apparaît étrange ou anachronique.

868 En revanche, le droit de vote lui est refusé par la chambre sociale, pour la gestion des activités sociales et culturelles (Soc. 25 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995. 263, obs. J. Savatier ; *contra*, v. Crim. 4 novembre 1988, *Dr. soc.* 1989. 212, obs. J. Savatier).

869 Ainsi, dans le comité d'une entreprise de soixante salariés qui compte trois délégués syndicaux de trois syndicats représentatifs, la réunion réunira le chef d'entreprise assisté de deux salariés, trois élus, leurs trois suppléants et trois représentants des syndicats (ici les délégués syndicaux). Soit un total de douze personnes, dont trois seulement votent lors des consultations ou de la gestion des activités sociales et culturelles, mais dont quatre votent lors de l'élection du secrétaire et du trésorier (les mêmes plus le chef d'entreprise).

Il n'est pas inutile alors de savoir, qu'en cas de partage des voix le candidat le plus âgé est élu (Soc. 7 octobre 1982, *Bull. civ.* V, n° 535 ; *Dr. soc.* 1983. 395, note J. Savatier). Ainsi, dans l'exemple, par la voix du chef d'entreprise, le syndicat qui a obtenu les deux tiers de voix et deux sièges sur trois, pourra être privé du poste de secrétaire au profit du syndicat minoritaire, mais dont l'élu était le plus âgé.

§ 2 Organisation

870 La première réunion du comité d'entreprise qui suit les élections est consacrée à la désignation du bureau. Celui-ci comprend au minimum le président, c'est-à-dire le chef d'entreprise et le secrétaire. Il est souvent aussi désigné un trésorier.

871 Le secrétaire est le véritable patron du comité. Élu parmi les représentants élus du comité, il est généralement la tête de la liste qui a obtenu les meilleurs résultats aux élections. Le rôle qui lui est accordé est central. C'est notamment lui qui est chargé de la rédaction des procès verbaux du comité (art. R. 434-1 C. trav.) et de la fixation de l'ordre du jour, en accord avec l'employeur (art. L. 434-3 al. 2 C. trav. ; L. 2325-15 recod.).

872 Le comité adopte un règlement intérieur (art. L. 431-6 al. 2 C. trav. ; L. 2325-2 recod.), qui fixe plus précisément ses modalités de fonctionnement, et notamment les

Black plaque (531,1)

fonctions du bureau, la communication des procès verbaux, la mise en place de commissions spécialisées, etc. Certaines de ces commissions sont facultatives. D'autres sont obligatoires, lorsque certains seuils d'effectifs sont passés (commission logement, pour les entreprises de plus de trois cents salariés, commission économique, pour les entreprises de plus de mille salariés, etc.).

873 Le comité se réunit au moins une fois par mois dans les entreprises d'au moins cent cinquante salariés et une fois tous les deux mois lorsque l'effectif est inférieur (art. L. 434-3 al. 1er ; L. 2325-14 recod.). La réunion a lieu pendant les heures de travail, dans le local attribué au comité.

874 L'ordre du jour est arrêté conjointement par le président et le secrétaire et il doit être communiqué aux membres trois jours à l'avance (art. L. 434-3 al. 2 C. trav. ; L. 2325-15 recod.). Pour éviter certaines stratégies de blocage de la part du secrétaire, il est prévu, depuis la loi du 18 janvier 2005, que l'employeur ou le secrétaire peuvent inscrire de plein droit à l'ordre du jour les questions qui sont l'objet d'une consultation obligatoire (art. L. 434-3 al. 2 C. trav. ; L. 2325-15 recod.). Pour passer outre les éventuels blocages de l'employeur, la majorité du comité peut aussi faire la demande d'une réunion : alors les points qui ont fait l'objet de cette demande sont automatiquement joints à l'ordre du jour (art. L. 434-3 al. 2 C. trav. ; L. 2325-17 recod.).

875 Les décisions importantes du comité sont prises par un vote, à la majorité des présents. Notamment, à chaque fois que le comité doit être consulté, cette consultation ne peut être donnée que par le vote du comité. Toute autre solution, plus ou moins informelle, équivaut à une absence de consultation (Soc. 5 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 271 ; *RDT* 2007. 329-330, obs. E. Peskine).

section 2

Attributions économiques

876 L'alinéa 8 du préambule de 1946 repris par la Constitution de 1958 proclame le droit des salariés de participer, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la gestion des entreprises. En dépit de ce texte, dans l'ordre économique, les comités d'entreprise ne « participent » pas à la prise de décision. Aucun pouvoir de codécision ne leur est reconnu, hormis en de très rares domaines (v. not. le droit de veto du comité lors de la mise en place des horaires individualisés, art. L. 212-4-1 C. trav. ; L. 3122-23 recod.).

Les attributions économiques du comité d'entreprise sont pour l'essentiel des droits d'information et de consultation. Mais ces droits touchent toutes les décisions importantes de l'entreprise (§ 1). Les moyens mis à la disposition du comité pour exécuter ces attributions sont financiers, mais aussi humains, l'employeur étant amené, dans certaines circonstances, à payer un expert chargé d'informer le comité (§ 2). D'importants débats agitent la question des sanctions applicables en cas de violation de ces attributions (§ 3).

§ 1 Teneur

877 Les actes importants de l'employeur doivent, dans leur quasi-totalité, être précédés d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise (A). Les informations dues (B) et la procédure de consultation (C) ont été précisées pour favoriser les possibilités d'influence du comité.

A. Domaine de l'information-consultation

878 L'article L. 432-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 2323-6 recod.) prévoit une obligation générale d'information et de consultation du comité d'entreprise « sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ».

« Organisation », « gestion » et « marche » de l'entreprise sont des termes partiellement redondants, qui permettent d'englober tous les domaines dans lesquels une décision de l'employeur peut être prise, qu'elle affecte ou non directement la situation des salariés (Crim. 2 mars 1978, *Dr. soc.* 1978. 375).

Ce qui importe est donc l'adjectif « générale ». Pour qu'une consultation préalable s'impose, il faut, mais il suffit, que la décision ait une certaine généralité et donc une certaine importance. Ainsi, les mesures ponctuelles ou individuelles ne sont pas soumises à consultation préalable (Crim. 15 avril 1982, *Bull. crim.*, n° 9 ; Soc. 1er juillet 1997, *Bull. civ.* V, n° 97 ; Crim. 20 février 2007, *Dr. soc.* 2007. 760, obs. F. Duquesne). En revanche, une mesure qui ne concerne que quelques salariés, mais qui a une vocation expérimentale, doit être soumise à consultation (Crim. 12 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 129, *Dr. soc.* 2005. 856-860, note F. Duquesne, à propos d'une mesure ne concernant qu'une quinzaine de salariés sur les plus de trois mille que comptait l'entreprise). Sont encore soumises à consultation les mesures d'une certaine ampleur, même lorsqu'elles sont temporaires, comme par exemple la mise au chômage partiel d'une partie du personnel (Crim. 10 mai 1988, pourvoi n° 87-90277). De même, la modification des fonctions de quelques salariés a un impact général, lorsque ces salariés sont détenteurs d'un certain pouvoir de direction : la modification emporte alors une modification de l'organisation de l'entreprise, laquelle doit être soumise à consultation préalable (Crim. 19 février 1991, pourvoi n° 89-85670 ; *RJS* 1991, n° 481).

879 Outre la règle générale de l'article L. 432-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 2323-6 recod.), de nombreuses obligations d'information et de consultation spéciales sont prévues par le Code du travail, certaines à la suite ou en prévision d'événements spéciaux, d'autres régulières sur certains points. Pour l'essentiel, ces obligations spéciales sont incluses dans la définition générale susvisée. Elles ne sont pas pour autant redondantes : elles précisent, expliquent, détaillent. Et ces objets normatifs là sont essentiels dans une recherche d'effectivité du droit. La liste n'en est pas moins si longue qu'elle peut être un peu décourageante (v. not. les art. L. 432-1 et s. C. trav. ; L. 2323-6 et s. recod.). Et sa lecture permet de découvrir de nombreuses redondances.

880 Sans entrer dans les détails, on notera quelques-unes de ces consultations, parmi les plus importantes. Le comité d'entreprise joue un rôle central dans la procédure de licenciements collectifs pour motifs économiques (v. nos 548-554). Il doit être consulté lors de l'élaboration et de la modification du règlement intérieur. Il doit l'être sur

Black plaque (533,1)

l'évolution de l'emploi et des qualifications, sur les programmes d'actions de l'entreprise en vue de répondre à ces évolutions prévisibles. En d'autres mots, il doit être consulté sur tout ce qui touche à la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (et notamment sur la formation et l'apprentissage). Il doit aussi connaître de tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, des projets de cession, de scission, d'externalisation, de concentration. Il peut même parfois exiger d'entendre des personnes extérieures à l'entreprise, mais dont les actes ont un impact (comme l'auteur d'une OPA sur l'entreprise).

881 La liste est bien plus longue. Mais, l'essentiel était déjà dit. Toute décision « générale » doit faire l'objet d'une consultation préalable du comité d'entreprise. Celui-ci est donc un interlocuteur régulier obligatoire. La décision de gestion de l'employeur reste unilatérale, mais lorsqu'elle est dotée d'une certaine importance, sa *procédure* d'édiction est bilatérale.

B. Les informations dues

882 Il existe des informations périodiques obligatoires du comité d'entreprise, trimestrielles, semestrielles, annuelles... Dans les entreprises de moins de trois cents salariés un rapport annuel simplifié permet de remplir en une fois, ces différentes obligations (art. L. 432-4-2 C. trav. ; L. 2323-47 recod.). Mais dans les entreprises de plus de trois cents salariés, les obligations d'informations sont précises, multiples, détaillées. Parmi celles-ci, le bilan social conserve une place à part. Il s'agit d'un document sur la situation sociale de l'entreprise, dont les rubriques sont mentionnées par le Code du travail (art. L. 438-1 à L. 438-10 C. trav. ; L. 2323-68 à L. 2323-77 recod.). Le comité est aussi le récipiendaire des informations destinées aux assemblées générales d'actionnaire et de divers autres éléments comptables. Lors de l'examen de ces comptes, il pourra se faire assister d'un expert comptable, qui lui aura accès à tous les comptes de l'entreprise, y compris la comptabilité analytique (v. n° 890).

De plus, toute consultation doit être précédée de la transmission des informations nécessaires à l'intelligence du projet sur lequel le comité est consulté. Et ces obligations de consultation ont un large domaine (v. ci-dessus).

883 L'employeur ne peut se retrancher derrière le caractère confidentiel de certaines informations pour refuser de les divulguer au comité d'entreprise. Réciproquement, si l'employeur le demande, les informations qui sont de type confidentiel doivent être gardées secrètes par les membres du comité (sur cette obligation de discrétion, qui exige la double condition d'un caractère objectivement confidentiel et d'une demande en ce sens de l'employeur, v. art. L. 432-7 C. trav. ; L. 2325-5 recod. et Soc. 12 juillet 2006*).

C. La procédure de consultation

884 La « consultation », comme son nom l'indique, doit précéder la prise de décision. À défaut, elle ne serait plus qu'une « information ». C'est ce que confirme l'article L. 431-5 du Code du travail (L. 2323-2 recod.), avant de préciser quelque peu le contenu de la procédure de consultation proprement dite (art. L. 2323-3 et L. 2323-4 recod.). Le comité d'entreprise doit disposer des éléments d'informations nécessaires pour motiver son avis et ces informations doivent être écrites et précises. Il doit bénéficier

d'un délai d'examen suffisant pour étudier ces informations et se prononcer en temps utile. Il doit enfin recueillir une réponse motivée de l'employeur.

■ 885 La jurisprudence a tenté de préciser le moment auquel doit avoir lieu la consultation, en définissant la « décision » de l'employeur, décision qui, lorsqu'elle a eu lieu sans consultation préalable, caractérise la faute de l'employeur.

Une « décision » n'est pas une simple pensée. L'employeur n'est pas tenu de consulter le comité dès qu'une vague idée lui passe par la tête.

Mais la décision peut être prise bien avant qu'un acte juridique, ou qu'un engagement ferme ne vienne l'entériner. Un projet devenu trop précis pour pouvoir être facilement amendé, ou trop avancé pour pouvoir être totalement retiré est déjà qualifié par la Cour de « décision ». Ainsi, un « projet même formulé en termes généraux » et dépourvu « de mesures précises et concrètes d'application » doit être qualifié de « décision » s'il a un objet suffisamment déterminé pour avoir une incidence et qu'il n'est plus susceptible d'être « remis en cause dans son principe lors de la discussion ultérieure » (Soc. 12 novembre 1997*). Dans le même sens, on peut citer un arrêt de la chambre criminelle du 19 février 1991 (pourvoi n° 89-85670 ; *RJS* 1991, n° 481), pour lequel le projet de modifier les attributions de certains personnels dirigeants est déjà une décision, alors même que « ces attributions n'avaient pas été encore définies »).

■ 886 Ce sens relativement précoce accordé au terme de « décision » implique que, pour un projet d'une certaine envergure, plusieurs consultations du comité sont nécessaires. La première avant d'arrêter un projet d'ensemble, la deuxième avant d'arrêter certains détails de ce projet, la troisième avant de prendre des mesures d'applications concrètes... C'est ce que confirme l'arrêt de la chambre sociale du 7 février 1996 (*Bull. civ.* V, n° 47), lorsqu'il précise que « lorsque la mesure s'inscrit dans une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité doit être consulté à l'occasion de chacune d'elles ».

De plus, lorsque le comité a été consulté sur un projet, la modification substantielle de ce projet est une décision sur laquelle une consultation préalable s'impose (Crim. 19 septembre 2006, *Bull. crim.*, n° 229 ; *Dr. soc.* 2006. 1197, obs. F. Duquesne, à propos d'une décision d'avancer le calendrier d'exécution d'un plan de restructuration sur lequel une première consultation avait déjà eu lieu).

Les droits du comité d'être informé et consulté apparaissent ainsi relativement denses et complets.

§ 2 Moyens

■ 887 Le comité d'entreprise bénéficie d'une subvention de l'employeur affectée au « fonctionnement » du comité d'entreprise et qui permet à celui-ci d'assurer le financement de ses activités économiques (art. L. 434-8 C. trav. ; L. 2325-43 recod.). Cette subvention s'élève au minimum à 0,2 % de la masse salariale brute. Elle ne peut pas être utilisée au profit des activités sociales et culturelles, lesquelles ont un budget propre (v. n° 924 et s.). À ce financement s'ajoute, le droit à un local (art. L. 434-8 C. trav. ; L. 2325-12 recod.) et, surtout, la rémunération par l'employeur de certains experts auxquels le comité d'entreprise peut recourir.

Black plaque (535,1)

888 L'intelligence de la situation économique de l'entreprise est une condition essentielle de la pertinence des avis rendus par le comité d'entreprise et de l'influence qu'ils peuvent exercer, d'où une attention particulière du législateur et de la jurisprudence aux experts du comité d'entreprise.

Naturellement, le comité d'entreprise peut librement et à tout moment décider d'une expertise sur un sujet de son choix, portant sur les documents qu'il détient, dès lors qu'il rémunère l'expert sur son budget de fonctionnement (art. L. 434-6 al. 8 C. trav. ; L. 2325-41 recod.). Mais la loi a, en outre, prévu le possible recours à des experts directement payés par l'employeur. Leur rémunération, qui ne s'impute pas sur le budget de fonctionnement du comité, est, en cas de contestation, fixée par le président du tribunal de grande instance statuant dans la forme des référés (v. art. L. 434-6 al. 7 C. trav. ; L. 2325-38 et L. 2325-40 recod. ; Soc. 27 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 367 ; *Dr. soc.* 2002. 164, note G. Couturier). Ces experts ont une importance croissante.

889 L'article L. 434-6 alinéa 5 du Code du travail (L. 2325-38 recod.) prévoit la rémunération par l'employeur d'un expert en technologie, qui peut être désigné à l'occasion de tout projet important d'introduction de nouvelles technologies dans les entreprises d'au moins trois cents salariés. Ses pouvoirs d'investigation sont cependant limités aux documents détenus par le comité d'entreprise et il ne peut être désigné que par accord avec l'employeur ou à défaut par décision du président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (art. L. 434-6 al. 5 et 7 C. trav. ; L. 2325-38 et L. 2325-40 recod.).

890 L'expert comptable du comité a une tout autre importance. Il est rémunéré par l'employeur (art. L. 434-6 al. 6 C. trav. ; L. 2325-40 recod.). Il peut être désigné lors de certains événements ponctuels, notamment lorsque le comité envisage de déclencher la procédure d'alerte prévue à l'article L. 432-5 du Code du travail (L. 2323-79 recod.) et dans le cadre de la procédure de « grand » licenciement collectif (lorsque l'employeur projette le licenciement d'au moins dix salariés dans une période de trente jours : v. aussi n° 516 et s.). Il peut de plus, et surtout, être désigné régulièrement, dans la limite de deux fois par an, à l'occasion de l'examen des documents comptables de l'entreprise qui sont transmis au comité (art. L. 434-6 al. 1er C. trav. ; L. 2325-35 recod.). Sa désignation se fait par décision unilatérale du seul comité d'entreprise.

891 Le champ d'investigation dont l'ont doté le législateur et la jurisprudence en font une pièce maîtresse de l'information du comité. Selon l'article L. 434-6 alinéa 2 du Code du travail (L. 2325-36 recod.), l'expert comptable du comité a le droit d'effectuer des investigations sur « tous les éléments d'ordre économique, financier ou social » nécessaires à sa mission. Par son arrêt *Syndex* du 29 octobre 1987*, la Cour de cassation en a déduit que les pouvoirs d'investigation de l'expert-comptable du comité allaient bien au-delà des seuls documents transmis aux comités d'entreprise et qu'ils intégraient tous les documents qui peuvent être demandés par un commissaire aux comptes (Soc. 22 octobre 1987, *Bull. civ.* V, n° 591 ; Soc. 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1995. 73). Or ces derniers ont des compétences fort larges (art. L. 823-13 et s. C. com.). Par l'intermédiaire de son expert, le comité a ainsi obtenu l'accès à la comptabilité analytique et à l'ensemble des documents prévisionnels (arrêt *Syndex*, *préc.*). Il peut encore obtenir la comptabilité consolidée du groupe et même celle de

Black plaque (536,1)

chacune des sociétés du groupe auquel appartient l'entreprise ou l'établissement dans lequel il exerce sa mission (Crim. 26 mars 1991, *Bull. crim.,* n° 145 ; Soc. 8 novembre 1994, *Dr. soc.* 1994. 73, note M. Cohen). En bref, il n'existe pas de limites à ses pouvoirs d'investigation : « il n'appartient qu'au seul expert-comptable désigné par le comité d'entreprise (...) d'apprécier les documents qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission » (Soc. 8 novembre 1994, *préc.*).

892 Il a même été possible de s'appuyer sur cette jurisprudence pour obtenir des informations de sociétés étrangères, non soumises au droit français : les documents des sociétés étrangères du groupe auquel appartient l'entreprise doivent être transmis à l'expert sur sa demande (Soc. 27 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 367 ; *Dr. soc.* 2002. 164, note G. Couturier).

Il ne s'agit pas pour autant d'une application du droit français à des sociétés étrangères. Il est simplement fait obligation aux dirigeants de l'entreprise située en France de recueillir, afin de les transmettre à l'expert, les documents en question. Pour échapper à la condamnation, la société située en France doit démontrer « qu'elle n'était pas en mesure de recueillir les informations relatives aux entreprises du groupe situées sur le territoire d'un autre pays » (Soc. 27 novembre 2001, *préc.*).

893 Cette solution permet une modeste résistance des attributions économiques du comité d'entreprise de droit français aux barrières que constituent les frontières. Lorsque les décisions les plus importantes sont prises dans le cadre de sociétés mères étrangères qui échappent à l'application du droit français, au moins les comités pourront-ils avoir ainsi accès à certaines informations, par l'intermédiaire de leurs experts.

Ils ne pourront pas, en revanche, exiger d'être consultés avant la prise des décisions étrangères les concernant. Cette limite n'est pas un détail. Mais elle est celle du champ d'application du droit français. Elle est une des raisons essentielles pour lesquelles des comités européens ont été institués (v. n° 979 et s.).

§ 3 Sanctions

894 L'article L. 483-1 du Code du travail (L. 2328-1 recod.) fixe les sanctions pénales encourues en cas d'entrave à la création ou aux attributions du comité d'entreprise, qu'elles soient économiques ou sociales et culturelles. Sont encourues une peine d'emprisonnement maximale d'un an et une amende de 3 750 euros, peines qui peuvent être doublées en cas de récidive. Ces sanctions sont importantes, notamment comme menaces mises entre les mains de l'inspection du travail. Cependant, le faible montant des amendes encourues et l'absence pratique de peines d'emprisonnement prononcées font que ces textes demeurent relativement peu dissuasifs, d'autant que les enjeux financiers peuvent être importants dans les matières soumises à la consultation du comité d'entreprise.

Aussi, la recherche d'une véritable dissuasion doit-elle être menée au sein des sanctions civiles.

895 Lorsqu'une consultation est irrégulière, elle est nulle et elle doit être recommencée (v. en ce sens et en des termes très clairs, Soc. 17 juin 1997, *Grands Magasins de l'Ouest, Bull. civ.* V, n° 223). Mais cette sanction est généralement totalement dépourvue

Black plaque (537,1)

d'intérêt : la décision a déjà été prise, souvent des actes irréversibles ont été signés, et la consultation est donc devenue une pure formalité.

896 La solution de la nullité ou de l'inopposabilité de la décision aurait une tout autre importance.

Cette solution a été admise dans plusieurs domaines de compétence du comité. À défaut de consultation préalable, le règlement intérieur est inopposable aux salariés (Soc. 4 juin 1969, *Bull. civ.* V, n° 367 ; *Dr. soc.* 1969. 515, obs. J. Savatier). La dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur sans information préalable du comité d'entreprise est privée d'effets (v. not. Soc. 22 janvier 1992, *Bull. civ.* V, n° 25 ; Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 479). Un licenciement économique décidé en violation des prérogatives du comité d'entreprise est nul, s'il a été prononcé alors qu'une demande en justice de suspension des licenciements était en cours (v. n° 549). Et, c'est au motif d'une absence de consultation préalable du comité d'entreprise sur la mise en place d'un système de vidéo-surveillance, que les éléments de preuve issu de ce système ont été dits « inopposables aux salariés » (Soc. 7 juin 2006, *Bull. civ.* V, n° 206).

897 Ces solutions semblent découler du droit commun : un acte juridique fait en violation des formes requises est en principe nul, dès lors que ces formes ont pour objet d'influer sur le fond de l'acte. Or, la consultation du comité d'entreprise est bien une formalité substantielle de ce type : elle n'a de sens que comme un moyen d'influence *au fond* des représentants du personnel sur les décisions de l'employeur.

898 Pourtant la jurisprudence reste relativement timorée en la matière. La sanction de la nullité a conquis d'importants espaces, mais elle est encore loin d'être généralisée. Ainsi, les licenciements prononcés sans respect de la procédure consultative ne sont en principe pas nuls (sauf en cas de demande de suspension antérieure : v. n° 549). Les conventions collectives conclues en violation de l'obligation de consultation du comité ne sont pas nulles et demeurent pleinement applicables (Soc. 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *Dr. soc.* 1988. 764, note J.-E. Ray ; *Dr. ouvrier* 1998. 350, note D. Boulmier ; *D.* 1998. 608, note G. Auzero ; *RJS* 1998. 611, note P.-H. Antonmattei ; Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105 ; *Dr. soc.* 2003. 552, note G. Couturier).

899 À l'heure actuelle, il est dès lors assez difficile de fixer une règle générale. La décision de l'employeur prise en violation des prérogatives du comité est nulle ou inopposable dans certains domaines. Mais elle ne l'est pas dans d'autres domaines. Et aucun critère ne permet de sélectionner les domaines où la nullité est ou non encourue. Peut-être est-ce simplement le signe d'une jurisprudence encore en construction ? L'essor de la nullité en droit du travail se fait avec lenteur (v. n° 498).

900 En revanche, la suspension en référé de la décision de l'employeur faite sans consultation régulière est aujourd'hui admise et ce dans tous les domaines (ou presque). Cette suspension de la décision en référé n'a pas l'efficacité d'une annulation.

Mais elle est parfois coûteuse pour l'employeur. Et elle permet souvent de gagner un temps précieux pour les salariés qui tentent d'infléchir certaines décisions.

901 La possibilité d'une suspension en référé s'est généralisée à partir des arrêts *Sietam Industries* (Soc. 16 avril 1996, *Sietam Industries*, *Bull. civ.* V, n°s 163, 164 et 165 ;

Black plaque (538,1)

Dr. soc. 1996. 484, note A. Lyon-Caen et p. 932, note G. Bélier et H.-J. Legrand ; *Dr. ouvrier* 1996. 317, note M. Miné ; *RJS* 1996. 316, concl. R. Kessous. *JCP* E 1996. 161, note G. Picca). Dans le premier arrêt *Sietam*, cette suspension a touché les effets d'une cession de parts sociales emportant réorganisation du groupe auquel appartenait l'entreprise (*Bull. civ.* V, n° 163) ; le second a permis la suspension des décisions de licenciement collectif (*Bull. civ.* V, n° 164) ; et le troisième a suspendu tous les effets de la fermeture d'un établissement (*Bull. civ.* V, n° 165). Depuis, la possibilité d'une suspension des effets de la décision de l'employeur s'est exprimée dans des domaines très variés. Ont ainsi été suspendus pour défaut de consultation du comité le lancement d'un nouveau produit (Soc. 28 novembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 398) ou encore tous les actes matériels d'un déménagement (Soc. 5 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 371).

■ 902 Seule l'application d'une convention collective conclue en violation des prérogatives du comité semble ne pas pouvoir être suspendue (v. Soc. 5 mai 1998 ; Soc. 19 mars 2003, *préc.*, n° 877). Il s'agit d'une dernière exception difficilement compréhensible.

■ 903 Ainsi, le rétablissement de la légalité est de principe en référé, et reste limité au fond. Ces deux formes de rétablissement de la légalité semblent pourtant difficilement dissociables (v. n° 549).

section 3

Activités sociales et culturelles

■ 904 Le second domaine de compétence du comité d'entreprise est né, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, d'une volonté de faire autogérer par les salariés les « œuvres » de l'employeur (logements sociaux, cantines, club de sport, colonies de vacances...), lesquelles étaient à la fois appréciées des salariés et honnies par les mêmes en ce qu'elles étendaient la domination de l'employeur sur leur vie privée. Il a donc été décidé, par l'ordonnance du 2 février 1945 et la loi du 2 août 1949, de transférer ces œuvres aux comités d'entreprise. La loi du 28 octobre 1982 a modifié l'ancienne terminologie et les « œuvres sociales » sont devenues les « activités sociales et culturelles ».

La notion d' « activité sociale et culturelle » (§ 1) délimite un domaine de compétence exclusif du comité d'entreprise auquel est spécialement affecté un financement spécifique (§ 2).

§ 1 Étendue

■ 905 La définition des « activités sociales et culturelles » délimite une sphère de compétence exclusive du comité (art. L. 432-8 C. trav. ; L. 2323-83 recod.). Ceci signifie que tout ce qui entre dans la notion doit être transféré au comité d'entreprise, s'il le revendique. Et que tout ce qui en sort ne peut être financé par le comité d'entreprise sur le budget propre à ces activités.

Black plaque (539,1)

906 Le passage, en 1982, de la notion d'« œuvres sociales » à la notion d' « activités sociales et culturelles » n'a pas produit d'évolution notable du concept : la liste d'activités sociales et culturelles, non limitatives, prévue à l'article R. 432-2 du Code du travail n'a pas été modifiée à cette occasion.

On ne trouve de véritable définition des « activités sociales et culturelles » ni au sein du Code du travail (la liste non limitative de l'article R. 432-2 du Code du travail ne peut en tenir lieu), ni au sein de la jurisprudence.

907 La seule définition présente dans les arrêts de la Cour de cassation se trouve au sein d'un arrêt du 13 novembre 1975 *Rhône Poulenc Textile* (*Bull. civ.* V, n° 533 ; *Grands arrêts*, n° 140), souvent cité comme valant création au moins indirecte d'une définition jurisprudentielle. Cette définition, qui est reprise dans d'excellents ouvrages, est la suivante : « doit être considérée comme œuvre sociale toute activité non obligatoire légalement, quelle que soit sa dénomination, la date de sa création et son mode de financement, exercée principalement au bénéfice du personnel de l'entreprise, sans discrimination, en vue d'améliorer les conditions collectives d'emploi, de travail et de vie du personnel de l'entreprise ». Sa portée est cependant pour le moins douteuse. Il s'agit d'une définition donnée par la Cour d'appel et que la Cour de cassation se garde bien de reprendre à son compte. Bien au contraire, elle casse l'arrêt qui a livré cette définition, par des motifs qui la contredise...

908 En l'absence de définition, il est nécessaire de partir des activités expressément qualifiées d' « activités sociales et culturelles » par l'article R. 432-2 du Code du travail. Aux termes du 2° de ce texte sont des activités sociales et culturelles, les activités qui tendent « à l'amélioration des conditions de bien-être » des salariés, aussi bien en dehors de l'entreprise (« logements », « coopératives de consommations », « colonies de vacances »...) qu'au sein de l'entreprise (« cantines »). Le sont aussi les activités qui pour objet « l'utilisation des loisirs et l'organisation sportive » (art. R. 432-2 3°) ou encore les « institutions sociales de prévoyance et d'entraide telles que les sociétés de secours mutuel et les institutions de retraite » (art. R. 432-2 1°), les « services sociaux » (art. R. 432-2 5°) et « le service médical institué dans l'entreprise » (art. R. 432-2 6°).

909 Cette liste, non limitative, donne une image à la fois étendue et très diversifiée des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. Si l'on interprète largement ce texte, il n'est plus rien qui ne pourrait être dans les compétences du comité, tous les avantages dont bénéficient les salariés pouvant, à un titre ou à un autre, être qualifié d' « amélioration des conditions de bien être » des salariés.

Aussi la jurisprudence a-t-elle été conduite à fixer un certain nombre de limites au-delà desquelles la compétence exclusive des comités s'arrête.

Ces limites concernent principalement les régimes de protection complémentaire (A) et le salaire (B). En revanche certaines activités obligatoires pour l'employeur semblent pouvoir relever de la compétence du comité, encore que la question puisse être discutée (C). La notion d' « activités sociales et culturelles » est encore limitée, par la jurisprudence, pour la différencier des activités économiques du comité et des activités revendicatives, syndicales (D).

Black plaque (540,1)

A. Exclusion des régimes de protection complémentaires obligatoires

■ 910 L'article R. 432-2 1° du Code du travail attribue expressément au comité les institutions sociales de prévoyance, de secours mutuel et de retraite. Cette attribution expresse doit cependant être confrontée aux lois postérieures relatives notamment à la mise en place de régimes de protection complémentaire, lesquelles accordent compétence en la matière à la négociation collective ou à l'employeur et non au comité d'entreprise (v. not. les art. L. 911-1 et L 911-2 CSS). La jurisprudence a pu déduire de cette confrontation que seuls les régimes de protection complémentaires qui ne sont obligatoires ni légalement, ni conventionnellement peuvent être revendiqués par le comité d'entreprise.

Ainsi, l'arrêt du 11 mai 1988 (*Bull. civ.* V, n° 282) attribue au comité d'entreprise le versement par l'employeur de 2 % de la masse salariale à une caisse patronale, en vue de faire bénéficier les salariés de prestations familiales complémentaires. Mais l'arrêt précise qu'il n'était pas invoqué que ce versement résultait d'une obligation légale ou conventionnelle. Et l'arrêt du 22 juin 1993 (*Bull. civ.* V, n° 178, *D.* 1994. 160, note Y. Saint-Jours ; *D.* 1995. 14, note Ph. Langlois), n'attribue au comité des sommes versées par l'employeur à des mutuelles qu'après avoir noté qu'il s'agissait d'une « prise en charge volontaire par l'employeur, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle, pour chacun des salariés qui décide d'adhérer à une mutuelle, d'une partie de la cotisation d'adhésion de ce salarié » (v. aussi Soc. 15 octobre 2002, *Bull. civ.* V, n° 313).

B. Exclusion du salaire

■ 911 La portée principale de l'arrêt *Rhône Poulenc Textile* du 13 novembre 1975 (*Bull. civ.* V, n° 533 ; *Grands arrêts*, n° 140, *préc.*) est d'avoir exclu les prestations qui peuvent s'analyser comme incluses dans l'obligation de l'employeur de verser un salaire.

La notion de « salaire » ici utilisée est cependant plus restrictive que la notion de « salaire » du droit de la sécurité sociale. En droit de la sécurité sociale, le « salaire » détermine l'assiette des cotisations. Il est largement défini par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale comme incluant toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie « ou à l'occasion du travail ». En revanche, seule la rémunération « versée obligatoirement par l'employeur en contrepartie de l'exécution du contrat de travail » (Soc. 13 novembre 1975, *préc.*) est exclue des activités sociales et culturelles.

De cette différence, découle une première conséquence. L'inclusion dans l'assiette des cotisations sociales n'exclut pas automatiquement la compétence du comité (Soc. 25 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 209 ; Soc. 11 mai 1988, *Bull. civ.* V, n° 282 ; Soc. 22 juin 1993, *préc.* ; Soc. 5 mai 1994, *Bull. civ.* V, n° 166). Les prestations du comité sont d'ailleurs largement incluses par la jurisprudence dans l'assiette des cotisations sociales, dès lors qu'elles ne correspondent pas à des secours du comité versés aux salariés au vu de leurs difficultés financières particulières (v. not. Soc. 27 janvier 1977, *Bull. civ.* V, n° 72 ; Soc. 25 mars 1985, *préc.* ; Soc. 5 mai 1994, *préc.*, Soc. 17 avril 1996, *RJS* 1996, n° 717).

■ 912 Il ne reste dès lors qu'à préciser ce qui est une contrepartie directe du travail et ce qui n'est versé qu'« à l'occasion du travail ».

Black plaque (541,1)

L'idée est la suivante. Certaines sommes et avantages sont accordés eu égard à la qualité, à la quantité ou à la nature du travail effectué. Elles sont exclues de la compétence du comité. D'autres sont simplement accordées en considération de l'appartenance à l'entreprise, indépendamment du travail effectué. Celles-ci peuvent entrer dans la compétence du comité.

913 Par exemple, le versement des primes de vacances peut relever de la compétence du comité, si elles sont égales pour tous, ou accordées en fonction du nombre d'enfants... En revanche, si ces primes sont calculées en proportion de la rémunération versée en contrepartie du travail, elles sont rattachées à la nature ou à la qualité du travail effectué. Elles sont donc des contreparties directes du travail, qui ne peuvent être revendiquées par le comité.

Un comité peut ainsi procéder par versement de sommes d'argent, et préserver la liberté des salariés dans l'utilisation de leur temps de loisir. Il n'est pas tenu de se limiter à des actions beaucoup plus dirigistes telles que l'attribution de billets de trains à prix réduit pour une destination donnée ou l'utilisation des villages de vacances du comité. Il devra simplement veiller à ne pas indexer ces primes sur les salaires reçus en contrepartie du travail. Le raisonnement s'applique aux primes de rentrée, de naissance, de Noël, etc.

C. Les autres obligations de l'employeur

914 Certaines obligations de l'employeur peuvent-elles entrer dans le champ de compétence du comité ?

La question est relativement difficile. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de bien la trancher. Et la doctrine est divisée.

Il est nécessaire de distinguer selon la source de l'obligation pour l'employeur. La question est en effet sensiblement différente selon que l'obligation de l'employeur est une obligation tirée d'un engagement unilatéral (1), d'une convention collective (2) ou de la loi (3).

1. *L'engagement unilatéral*

915 Dans certains cas, il est clair que le caractère obligatoire pour l'employeur n'interdit pas la revendication du comité. L'organisation de colonies de vacances, les crèches, ou même l'octroi de billet de cinéma à prix réduits, sont autant d'activités qui, lorsqu'elles sont faites par l'employeur, deviennent vite obligatoires pour lui : il suffit que ces activités revêtent les caractères d'un engagement unilatéral (ou d'un « usage », ce qui revient au même : v. n°s 139-142). De tels avantages entrent cependant clairement dans la compétence des comités. Ceux-ci peuvent donc les revendiquer.

Se pose alors la question du devenir de l'engagement pris par l'employeur. Une fois l'activité transférée au comité, l'employeur doit être dégagé de son obligation : la compétence est désormais exclusivement celle du comité d'entreprise. Mais ce comité est-il désormais lié par l'engagement de l'employeur ? Il nous semble que non. Le comité doit pouvoir reprendre une pleine liberté de gestion. Il pourra donc supprimer l'avantage octroyé par l'employeur et affecter les sommes qui y étaient consacrées à d'autres activités sociales et culturelles. Le transfert au comité d'entreprise serait donc une cause possible de destruction des engagements unilatéraux. Ce point, difficile, peut être discuté.

Black plaque (542,1)

2. *La convention collective*

■ 916 Lorsque l'avantage est prévu dans une convention collective, la question est plus difficile encore. L'employeur ne peut certainement pas se dégager de ses obligations en transférant l'activité au comité, et ce même si le comité reprend à son compte l'obligation de l'employeur.

Pour cette raison, notamment, une partie de la doctrine affirme qu'un avantage ne peut plus être une activité sociale et culturelle, dès lors qu'il est prévu par une convention collective. Au soutien de cette position, elle invoque la motivation utilisée par la Cour de cassation au sujet, pourtant bien spécifique, de la compétence des comités en matière de protection sociale complémentaire (v. les arrêts cités au n° 910).

■ 917 Le rejet de toute compétence du comité dans ces cas est pourtant problématique. Dire que les obligations conventionnelles sortent du champ de compétence du comité, conduit à considérer que les articles L. 432-8 (L. 2323-83 recod.) et R. 432-2 du Code du travail sont supplétifs de la volonté des parties à la négociation collective. Il suffirait en effet à la convention collective d'entériner tel ou tel avantage (la crèche, les colonies de vacances...) pour qu'ils quittent la sphère de compétence du comité. Or, les textes susvisés ne prévoient rien de tel. Comme toute notion légale impérative, la notion d' « activité sociale et culturelle » n'est pas à la disposition des partenaires sociaux. Seule est envisageable une dérogation conventionnelle *in melius*, ayant pour effet d'accroître le champ de compétence du comité d'entreprise (sur les rapports entre la loi et la convention collective, v. n°s 74-75).

Il faut en déduire que des activités sociales et culturelles (la crèche, les colonies de vacances...) prévues par une convention collective n'en demeurent pas moins des activités sociales et culturelles. Elles sont de la compétence du comité.

■ 918 Il demeure que si la crèche a été prévue par la convention collective, elle reste obligatoire après que le comité en a revendiqué la gestion.

Il faut alors considérer que le comité d'entreprise est lié par la convention collective et que l'employeur, garant de cette obligation, peut agir en justice pour exiger le respect de cette obligation, qui est aussi la sienne. Le refus exprès du comité d'assurer l'exécution de l'obligation pourrait même s'interpréter comme une volonté du comité d'abandonner la gestion de l'activité sociale et culturelle conventionnelle. Alors l'employeur pourrait en reprendre la gestion et récupérer ainsi le financement qui lui était affecté.

Ces solutions paraissent de bon sens. Elles sont cependant débattues. Et pourraient être prochainement contredites par la jurisprudence.

3. *La loi*

■ 919 Il reste à envisager les obligations légales. Une activité sociale et culturelle peut-elle être une obligation légale de l'employeur ? Par rapport à la précédente, la question se complique encore par la présence de textes assez ambigus.

L'article R. 432-2 du Code du travail attribue au comité certaines activités qui sont aujourd'hui légalement obligatoires pour l'employeur, comme la création d'un service médical dans l'entreprise. Mais les obligations légales relatives au service médical sont plus récentes que cet article du Code. Et certains textes accordent des compétences plus limitées aux comités d'entreprise en la matière (v. not. l'art. L. 241-6-2 C. trav. ; L. 4623-4 recod. ; R. 241-33 et R. 241-34 C. trav.). De plus l'article R. 423-11

Black plaque (543,1)

du Code du travail, qui détermine le mode de calcul des ressources du comité d'entreprise, ne vise que les « institutions sociales qui ne sont pas légalement à (la) charge (de l'employeur) ».

920 Pour ces raisons, l'attribution au comité d'entreprise d'obligations légales de l'employeur semble assez peu probable. Mais cette solution ne découle, pour l'instant que de textes assez ambigus et non d'une nécessité logique forte. La compétence du comité d'entreprise et le caractère obligatoire d'une activité pour l'employeur pourraient fort bien, à l'avenir, être rendus compatibles, en suivant le modèle applicable aux obligations conventionnelles revendiquées par le comité.

D. Activités économiques et activités syndicales

921 Lorsque les activités sociales et culturelles s'appelaient encore « œuvres sociales », elles étaient caractérisées par une sorte de neutralité. Les activités sociales et culturelles étaient des activités faites dans l'« intérêt de l'entreprise » (v. encore Soc. 14 janvier 1981, *Bull. civ.* V, n° 25). Elles conservaient ainsi une part de l'esprit paternaliste dans lequel les œuvres sociales de l'employeur étaient exercées. La gestion des activités sociales et culturelles devait même prendre en compte l'intérêt de l'employeur.

922 Cette vision des choses est révolue. Depuis la loi du 28 octobre 1982, le comité d'entreprise a pour fonction « d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de *leurs* intérêts » (art. L. 431-4 C. trav. ; L. 2323-1 recod.), alors que précédemment une « *coopération* avec la direction » était mentionnée (v. art. L. 432-1 anc. C. trav.). Le comité n'est plus tenu d'être neutre vis-à-vis de l'employeur. La jurisprudence accepte même que certaines activités sociales soient organisées directement contre l'intérêt de l'employeur (v. Soc. 26 janvier 1999* qui intègre dans les activités sociales et culturelles l'aide aux salariés, vue de leur action en justice contre l'employeur ; v. aussi Soc. 21 juillet 1986, *Bull. civ.* V, n° 386).

La distinction entre les activités sociales et culturelles et les attributions économiques du comité d'entreprise est, de ce fait, devenue plus difficile. Elle demeure toutefois. Ainsi, « la défense de l'emploi », n'est pas une activité à laquelle le comité peut affecter une part du budget des activités sociales et culturelles (v. Soc. 12 février 2003, *Dr. soc.* 2003. 551, note M. Cohen ; *RJS* 2003, n° 478).

La solution peut être discutée. Un comité qui préfère affecter des sommes à la défense de l'emploi (qui est au cœur des préoccupations des salariés), plutôt que d'acheter des places de cinéma et autres sapins de Noël semble, au moins en opportunité, difficilement condamnable.

923 Demeure aussi la distinction traditionnelle entre activités sociales et culturelles et action syndicale. Cette distinction, clairement énoncée dans un arrêt du 7 mai 1980 (*Bull. civ.* V, n° 387), a été utilisée pour interdire au comité de soutenir par son action un mouvement de grève. Ainsi, sur les fonds destinés aux activités sociales et culturelles, le comité ne peut verser aux salariés grévistes que des secours individualisés, justifiés par leur situation financière personnelle (Soc. 8 juin 1977, *Bull. civ.* V, n° 380 ; *JCP* 1979. II. 19089, note H. Legrand ; Soc. 18 mai 1983, *Bull. civ.* V, n° 266 ; Soc. 11 juin 1996, *RJS* 1996, n° 804). Dans le même ordre d'idée, il a été reconnu que le comité avait l'obligation de maintenir le fonctionnement de la cantine au bénéfice des salariés non grévistes (Soc. 14 janvier 1981, *Bull. civ.* V, n° 25).

Black plaque (544,1)

Ainsi, il est admis que le comité puisse aller contre l'intérêt de l'employeur, mais il demeure exclut que le financement des activités sociales et culturelles soit mis au service de l'action collective revendicative des salariés. Ce qui peut conduire à des questions de délimitation difficiles. Et à la schizophrénie de certains élus syndicaux, leader du mouvement de grève, mais tenus d'assurer la permanence de la cantine pour les non-grévistes.

§ 2 Moyens

924 Le comité est libre de gérer comme il l'entend les activités sociales et culturelles. Il peut laisser l'employeur les gérer en se contentant de contrôler cette gestion. Il peut les gérer seuls. Il peut en déléguer la gestion à des tiers, gérer en participant à la direction de personnes morales extérieures, ou qu'il a créée lui-même, etc. (v. les art. R. 432-3 et s. C. trav.). Mais encore faut-il qu'il puisse bénéficier de moyens financiers.

925 La contribution financière de l'employeur aux activités sociales et culturelles est fixée en références à trois seuils. Les deux premiers sont légaux : ils sont fixés par l'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.) (A). Le troisième a été découvert par la jurisprudence, au sein de l'article R. 432-11-1° du Code du travail (B). La contribution de l'employeur ne peut descendre en dessous d'aucun de ces trois seuils.

A. Les deux seuils légaux

926 L'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.), dans sa rédaction issue de la loi du 2 août 1949 toujours en vigueur, fixe le montant minimal de la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise. Ce texte ne peut se comprendre si l'on fait abstraction du contexte historique.

927 Lorsqu'ont été créés les comités d'entreprise, il n'a pas été décidé d'obliger les employeurs à consacrer de nouveaux moyens financiers aux « œuvres sociales ». Il s'agissait de transférer aux comités les œuvres sociales existantes, de priver ainsi les employeurs de la gestion de ces œuvres et d'en finir ainsi avec le paternalisme qui s'exprimait dans cette gestion. L'objectif était de transmettre l'existant et non d'imposer de nouvelles dépenses.

928 Cet objectif n'a pas, depuis, été dépassé. Encore aujourd'hui, l'employeur n'est tenu que de transmettre ce qui existe déjà. Si l'employeur n'a de lui-même jamais créé d'activité sociale et culturelle, le comité n'a rien dont il puisse revendiquer la gestion et l'employeur ne lui doit aucune contribution financière à ce titre. En revanche, lorsque l'employeur a eu des activités sociales et culturelles, le comité peut en réclamer la gestion. Et l'employeur est alors tenu de lui verser les sommes d'argent affectées à ces activités.

929 Pour éviter que les employeurs ne suppriment leurs activités sociales et culturelles dès qu'ils pressentent un risque de revendication par le comité d'entreprise, il a été décidé de fixer la contribution de l'employeur en fonction des sommes consacrées à ces activités aux cours des trois années précédant la revendication du comité. Sur ces trois années antérieures, l'année où l'employeur a le plus dépensé pour assurer le

Black plaque (545,1)

fonctionnement de l'activité revendiquée sera l'année de référence pour le calcul des sommes dues au comité.

930 La somme dépensée cette année-là, réduite des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondant ont disparu, est un seuil en deçà duquel l'employeur ne pourra plus descendre. Il devra désormais verser ce minimum tous les ans au comité (art. L. 432-9 al. 1er C. trav. ; L. 2323-86 al. 1er recod.).

931 Afin d'éviter que cette somme ne soit peu à peu rognée par l'inflation, un second minimum a été fixé. Ce second minimum est un taux calculé par rapport à la masse salariale brute. Il se calcule en faisant le rapport de la somme précédemment décrite au montant de la masse salariale de l'année de référence (art. L. 432-9 al. 2 C. trav. ; L ; 2323-86 al. 2 recod.).

Si, par exemple, lors de la meilleure des trois années précédant la prise en charge par le comité d'une activité sociale et culturelle une somme de dix mille euros était consacrée à cette activité et que cette année-là la masse salariale était d'un million d'euros, le pourcentage de masse salariale due pour les années suivantes est d'un million divisé par dix mille, soit d'un pour cent de la masse salariale.

Ce second minimum présente l'avantage de permettre la réévaluation de la contribution patronale et de fixer celle-ci en fonction de la taille, changeante, de l'entreprise.

932 Le comité d'entreprise peut reprendre les activités sociales et culturelles de l'employeur de manière échelonnée. À chaque nouvelle revendication d'une activité jusqu'ici laissée à la gestion de l'employeur, la somme qui a été consacrée à cette activité la meilleure des trois années précédentes sera celle sur laquelle seront calculées les sommes dues par l'employeur au titre du transfert. Ces « trois années précédentes » seront les trois années qui ont précédé la date de la demande de prise en charge par le comité (Soc. 13 novembre 1975, *Bull. civ.* V, n° 533). Et les minima précédents seront dûment augmentés.

933 Il demeure qu'en vertu de l'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.) la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles est exclusivement calculée en fonctions des activités déjà existantes. Dans une entreprise dépourvue au départ de toute activité sociale et culturelle, le comité d'entreprise n'aura droit à rien.

934 Il en résulte une très grande inégalité de ressources d'un comité d'entreprise à l'autre. Seul un semblant d'égalité a pu être mis en place par la jurisprudence entre les différents établissements d'une même entreprise : lorsqu'un nouvel établissement est créé dans une entreprise, le comité de cet établissement bénéficiera du taux de contribution minimal aux activités sociales et culturelles appliqué aux autres comités d'établissement de l'entreprise (Soc. 18 mars 1971, *Bull. civ.* V, nos 228 et 229).

935 Le double minimum de l'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.) n'en demeure pas moins profondément inégalitaire. Sa signification, assurer le transfert de l'existant aux comités nouvellement créés, n'a plus guère de pertinence plus d'un demi-siècle après la création des comités d'entreprise. Aujourd'hui, lorsqu'une entreprise se crée, elle n'a pas, par définition, d'activité sociale et culturelle passée et aucune contribution de l'employeur à ce titre n'est due aux comités d'entreprise.

Black plaque (546,1)

Cette absence de minimum légal applicable est devenue de plus en plus fréquente, au fur et à mesure que 1945 s'est éloignée dans le temps.

■ 936 Cependant, de nombreux employeurs ont accordé d'eux-mêmes un financement aux comités d'entreprise. Hors de toute obligation légale, ce financement peut être consacré par une convention collective, par un engagement unilatéral de l'employeur, par un usage, ou encore plus simplement par un contrat passé entre l'employeur et le comité d'entreprise. Il prend ainsi une certaine force obligatoire, mais celle-ci reste bien plus fragile que celle de la loi.

Les conventions collectives, contrats, engagements unilatéraux et autres usages peuvent être résiliés unilatéralement par l'employeur, dès lors qu'ils sont à durée indéterminée. L'employeur n'a, pour ce faire, qu'à respecter les formes exigées pour chacun de ces actes (pour les engagements unilatéraux, v. n°s 143-145 ; pour les conventions collectives, v. n°s 834 et s.). Et la jurisprudence a précisé que, lorsque la contribution est fixée par contrat avec le comité d'entreprise, par engagement unilatéral ou par usage, la résiliation unilatérale de cette contribution doit simplement être précédée d'une information donnée au comité dans un délai suffisant pour permettre l'ouverture de négociations (Soc. 21 novembre 1989, *Dr. soc.* 1990. 217, obs. J. Savatier ; Soc. 5 décembre 1989, *Bar Larforge** ; Soc. 9 juillet 1997 *Bull. civ.* V, n° 265).

Dès lors que les minima légaux sont inapplicables, la contribution de l'employeur demeure donc précaire, quelle que soit sa source.

■ 937 Cette précarité produit de graves inconvénients. Elle interdit l'organisation de certaines activités sociales et culturelles sur le moyen ou le long terme et elle ruine le crédit du comité, ce qui revient à l'exclure en pratique de la possibilité de recourir à un emprunt bancaire.

■ 938 Cette inégalité des comités d'entreprise est de plus assez incohérente. Lorsque par décision unilatérale l'employeur créé de lui-même une activité sociale et culturelle, le comité s'assure un financement stable garanti par la loi s'il la prend en charge. En revanche, lorsqu'une obligation de contribuer financièrement aux activités sociales et culturelles du comité est créée par une convention collective, le financement qui en résulte n'est nullement garanti par la loi et demeure de ce fait précaire. La décision unilatérale de l'employeur crée ainsi un financement obligatoire plus solide que celui que peut assurer une convention collective, ce qui peut apparaître curieux. Le vieillissement de l'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.) a ainsi, peu à peu, conduit le droit à s'écarter du bon sens.

■ 939 La Cour de cassation est intervenue pour limiter l'impact de ces incohérences. Elle l'a fait au travers d'une réinterprétation de l'article R. 432-11-1° alinéa 2 du Code du travail.

B. Le seuil réglementaire

■ 940 Toute la portée de l'arrêt *Bar Laforge* du 5 décembre 1989* est dans la mention du seul article R. 432-11-1° alinéa 2 au sein du visa et du motif de cassation adoptés par la Cour. Ce texte est ainsi reconnu recouvrer une signification indépendante de celle de l'article L. 432-9 alinéa 1er du Code du travail (L. 2323-86 al. 1er recod). Ce qui équivaut à considérer qu'il fixe un troisième seuil minimal de contribution de

Black plaque (547,1)

l'employeur aux activités sociales et culturelles du comité d'entreprise, en plus des deux seuils prévus par l'article L. 432-9 du Code du travail (L. 2323-86 recod.).

941 Une différence essentielle sépare la lettre des articles L. 432-9 (L. 2323-86 recod.) et R. 432-11-1° du Code du travail. Le premier de ces textes fait référence à la meilleure des trois sommes consacrées aux activités sociales et culturelles au cours « des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise ». Le second, l'article R. 432-11-1° alinéa 2, ne fait référence qu'à la meilleure des sommes versées au cours des « trois dernières années », sans préciser desquelles il s'agit. Il était dès lors loisible à la Cour de cassation de lui accorder un sens normatif spécifique, et ce d'autant plus qu'il ne peut être considéré comme un simple décret d'application de l'article L. 432-9, puisqu'il lui est antérieur (l'art. R. 432-11 est issu du décret du 2 novembre 1945 et l'art. L. 432-9 de la loi du 2 août 1949).

942 Il restait à préciser à quelles « trois dernières années » le décret pouvait faire référence. En l'absence de toute précision, il peut s'agir des trois années qui précèdent le litige. Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt *Bar Laforge* du 5 décembre 1989*, le litige était né de la résiliation par l'employeur d'un accord ou d'un usage. Dans une espèce de ce type, invoquer l'article R. 432-11 1° du Code du travail pour bloquer l'effet de cette résiliation revient à considérer que les « trois dernières années » étaient les trois années qui avaient précédé la dénonciation du contrat ou de l'usage fixant la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles.

943 Cette interprétation présente l'avantage de sécuriser les ressources des comités d'entreprise et de rapprocher ainsi la situation des comités dont les ressources viennent d'activités antérieures de l'employeur de celle des comités dont les ressources sont issues d'un accord collectif, d'un contrat ou d'un engagement unilatéral. Cette sécurité revêt une grande importance pour que le comité puisse exercer pleinement ses attributions et la solution doit donc être pleinement approuvée.

944 Elle pose cependant un problème. Si les « trois dernières années » visées par l'article R. 432-11 1° du Code du travail sont celles qui précèdent le litige, ce texte peut avoir vocation à s'appliquer dans d'autres hypothèses.

Il peut ainsi s'appliquer encore lorsqu'une baisse de la contribution patronale résulte simplement d'une baisse de la masse salariale. L'article R. 432-11 1° du Code du travail produirait alors une excessive rigidité de la contribution patronale. Si la moindre réduction entraîne un litige et oblige l'employeur à revenir à la somme plus élevée antérieure, aucune diminution du montant de la contribution n'est plus envisageable. La valeur en pouvoir d'achat de cette contribution ne pourrait plus alors diminuer qu'au fil de l'inflation.

Un tel résultat pourrait produire des situations excessives, notamment en cas de déflation ou de réduction drastique des effectifs. Une entreprise versant 2 % de sa masse salariale au titre des activités sociales et culturelles et qui, à la suite d'une réorganisation et d'une mécanisation complète de ses activités ne garderait qu'un pour cent de ses effectifs de départ pourrait être conduite à verser au comité d'entreprise une somme du double de sa masse salariale. Sans aller jusqu'à ce cas d'école à dessein caricatural, l'application sans nuances de l'article R. 432-11 du Code du travail apparaît difficile.

Black plaque (548,1)

945 Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé de restreindre la portée de ce texte, tout en confirmant son impact comme troisième minimum de la contribution de l'employeur, dans l'arrêt *EDS-GFI* du 1er avril 1997*. Cet arrêt affirme d'abord qu'en cas de dénonciation d'un accord fixant la contribution de l'employeur aux activités sociales et culturelles, les « trois dernières années » visées par l'article R. 432-11, 1° alinéa 2 du Code du travail s'entendent des trois années « précédant la dénonciation ». La portée de l'arrêt *Bar Laforge** est ainsi confirmée. Mais l'arrêt précise dans un attendu de principe que « le chiffre le plus avantageux atteint au cours des trois dernières années n'est maintenu qu'autant que la masse salariale reste constante et que, si celle-ci diminue, la contribution subit la même variation ».

La portée accordée par l'arrêt à l'article R. 432-11, 1° alinéa 2 du Code du travail et la limite de cette portée ont depuis été reprises régulièrement (v. not. les arrêts *Dassault Aviation* : Soc. 9 juillet 1997, *Bull. civ.* V, n° 265 ; *Dr. soc.* 1997. 991, obs. M. Cohen ; Soc. 3 février 1999 , *Dr. soc.* 1999. 493, obs. M. Cohen ; *RJS* 1999, n° 385 ; Soc. 22 janvier 2002, *Bull. civ.* V, n° 27) et la Cour a ainsi eu l'occasion de confirmer qu'une diminution de la contribution de l'employeur du fait d'une baisse de la masse salariale ne peut être bloquée par application de l'article R. 432-11, 1° alinéa 2 du Code du travail (Soc. 6 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 221).

Black plaque (549,1)

Biblio

- L. Millet, « La fixation de l'ordre du jour du CE », *Dr. ouvrier* 2005. 355.
- F. Champaux, « La délicate question du vote de l'employeur », *SSL* n° 1251, 6 mars 2006, p. 10.
- B. Gauriau, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 184-186.
- M. Cohen, « La loi sur la "participation" et les comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2007. 298-300.
- F. Duquesne, « Négociation dans l'entreprise et entrave à la mission des élus du personnel », *Dr. soc.* 2007. 758-759.

Documents

Fonctionnement du comité

Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 256 ; *RDT* 2006. 402-403, obs. H. Tissandier

« M. X..., délégué syndical et membre du comité d'entreprise de la société KPMG, a fait l'objet d'une mise à pied disciplinaire pour avoir organisé, le 30 septembre 2002, une réunion d'information du personnel au cours de laquelle il a fait le compte rendu de la réunion du comité d'entreprise du 20 septembre précédent en divulguant des informations données par l'employeur au cours de cette réunion et déclarées par lui comme confidentielles *après* la réunion du comité d'entreprise... »

« les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux ne sont tenus à une obligation de discrétion qu'à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et *données comme telles par l'employeur ou son représentant* ;

D'où il suit que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le procès verbal de la réunion du comité d'entreprise ne mentionnait pas que les informations données par l'employeur étaient confidentielles, a légalement justifié sa décision ».

Étendue des attributions économiques

Soc. 12 novembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 375 ; *Dr. ouvrier* 1998. 49, concl. Y. Chauvy ; *Grands arrêts*, n° 137

« Si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes ; qu'un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté ».

Black plaque (550,1)

Moyens des attributions économiques

Soc. 29 octobre 1987, *Syndex*, *Bull. civ.* V, n° 605 ; *JCP* 1988. 20990, note M. Girault ; *Dr. ouvrier* 1989. 15 ; *Grands arrêts*, n° 138

« D'une part, la mission de l'expert-comptable dont le comité d'entreprise peut se faire assister en vue de l'examen annuel des comptes porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise, d'autre part, pour opérer toute vérification ou tout contrôle qui entre dans l'exercice de cette mission, l'expert-comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes…

…le commissaire aux comptes, aux pouvoirs d'investigation duquel sont assimilés ceux de l'expert-comptable du comité d'entreprise, peut, comme le prescrit l'article 229 de la loi du 24 juillet 1966, se faire communiquer toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission ».

Notion d'« activité sociale et culturelle »

Soc. 26 janvier 1999, *Bull. civ.* V, n° 41 ; *Grands arrêts*, n° 141

« L'aide exceptionnelle accordée à d'anciens salariés, licenciés dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif économique, à l'effet d'agir en justice pour obtenir le respect des engagements pris par l'employeur dans le plan social, dont le comité d'entreprise avait examiné les dispositions, relève des activités sociales au sens des articles L. 432-8 et R. 432-2 du Code du travail, la cour d'appel en a violé les dispositions ».

Moyens des activités sociales et culturelles

Soc. 5 décembre 1989, *Bar Laforge*, *Bull. civ.* V, n° 692 ; *Dr. soc.* 1990. 217 et 1996. 693, obs. M. Cohen ; *Grands arrêts*, n° 42

« Sur le moyen unique :

Vu l'article 1134 du Code civil et *l'article R. 432-11 du Code du travail* ;

Attendu que l'employeur, peut dénoncer un usage ou un accord conclu avec le comité d'entreprise ou d'établissement, ayant pour objet de fixer sa contribution aux activités sociales et culturelles du comité, à la double condition d'une part que la dénonciation soit précédée d'une information donnée au comité dans un délai suffisant pour permettre l'ouverture de négociations, d'autre part que cette dénonciation n'ait pas pour effet de réduire la subvention de l'entreprise en dessous des minima fixés soit par l'article L. 432-9 du Code du travail, soit par une convention collective, soit par l'article R. 432-11.1°, 2e alinéa, du Code du travail ;

… en omettant de rechercher (…) si l'employeur, à raison de la subvention constamment versée par lui depuis 1972, n'était pas notamment tenu de respecter *la contribution minimale prévue par l'article R. 432-11.1°, 2e alinéa, du Code du travail*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Soc. 1er avril 1997, *EDS-GFI*, *Bull. civ.* V, n° 134 ; *Dr. soc.* 1997. 542, note M. Cohen ; *Trav. pr. soc.* 1997, n° 7, p. 4, note B. Denkiewicz et P. Le Cohu ; *Grands arrêts*, n° 143

« Vu les articles L. 432-9 et R. 432-11 du Code du travail ;

Black plaque (551,1)

Attendu que l'employeur peut dénoncer un usage ou un accord conclu avec le comité d'entreprise ou d'établissement ayant pour objet de fixer sa contribution aux activités sociales et culturelles du comité, à la condition que cette dénonciation n'ait pas pour effet de réduire la subvention de l'entreprise en dessous des minima fixés soit par une convention collective, soit par les articles L. 432-9 et R. 432-11, 1°, alinéa 2, du Code du travail ; que, dans ce dernier cas, le chiffre le plus avantageux atteint au cours des trois dernières années n'est maintenu qu'autant que la masse salariale reste constante et que, si celle-ci diminue, la contribution subit la même variation ;

... l'arrêt (attaqué) a retenu que les trois dernières années visées par l'article R. 432-11 du Code du travail s'entendaient nécessairement de celles qui avaient précédé la prise en charge des dépenses sociales par le comité d'entreprise ; qu'aucune dépense sociale ne préexistant dans la société EDS à la création de son comité d'entreprise, l'employeur n'était tenu au versement d'aucune contribution légale minimale ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les trois années de référence s'entendaient de celles précédant la dénonciation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Black plaque (553,1)

chapitre 25

Les autres représentants du personnel

Black plaque (554,1)

Plan analytique

section 1

Le délégué du personnel

§ 1 Fonctions

A. Réclamations et revendications

B. Exigence d'un lien direct

§ 2 Moyens

A. La réunion mensuelle

B. Alerte, référé-liberté et référé-santé

section 2

La délégation unique

section 3

Le CHSCT

section 4

Les représentants des salariés au sein des organes dirigeants de la société employeur

section 5

Le comité de groupe

section 6

Les comités européens

§ 1 Le comité d'entreprise européen

§ 2 Le comité de la société européenne

Les institutions représentatives du personnel sont nombreuses. En plus du comité d'entreprise, les plus importantes sont sans doute les délégués du personnel (section 1), parfois organisés en « délégation unique » (section 2), et le CHSCT (section 3). Les autres institutions ont essentiellement pour finalité d'envoyer des représentants du personnel en des lieux d'exercice du pouvoir qui risqueraient, sinon, d'en être dépourvus. Tel est le cas des représentants du personnel élus au sein des organes dirigeants des sociétés (section 4), du comité de groupe (section 5) et des comités européens (section 6). 946

section 1

Le délégué du personnel

Le délégué du personnel est la première institution représentative qui ait été créée dans l'entreprise. Dès 1890 des délégués mineurs sont élus dans les mines. Après une longue grève, la sentence arbitrale de 7 octobre 1899, rendue par Waldeck Rousseau, alors président du Conseil, permet l'introduction de délégués ouvriers dans les usines du Creusot. L'institution est généralisée par les accords Matignon des 7 et 8 juin 1936 (art. 5). Mais la loi du 24 juin 1936 exige seulement que les conventions collectives traitent de la question (une obligation de négocier, déjà...). Elle est enfin adoptée de manière impérative, sans plus qu'aucune convention collective ne soit nécessaire, par le décret-loi du 12 novembre 1938. Les délégués du personnel seront bien entendu abrogés par Vichy, pour réapparaître après la guerre, avec la loi du 16 avril 1946. 947

Premier embryon d'organisation des salariés dans l'entreprise, dans un univers où le pouvoir de l'employeur était encore perçu comme largement discrétionnaire, les délégués du personnel reçurent d'abord des fonctions, qui aujourd'hui apparaissent très modestes. Ils ne sont nullement censés être les fers de lance de la contestation, encore moins des leaders syndicaux. Ils doivent seulement être, de modestes porte-parole, chargés de rendre audible à l'employeur les réclamations des salariés craintifs. Et encore, ils ne doivent le faire qu'à certains sujets. Un silence prudent leur étant imposé dans les autres domaines. 948

Cette vision restrictive des fonctions n'a jamais été pleinement respectée par les délégués du personnel. Pour la plupart élus syndicaux, ils furent dès le départ leaders des contestations menées par les salariés. Mais ce rôle qu'ils prenaient dans les faits, ils le prenaient contre la loi, et donc non sans courir certains risques. 949

Black plaque (556,1)

950 La limitation du rôle des délégués syndicaux est encore lisible dans les textes. Mais ceux-ci ont légèrement évolué et, surtout, la jurisprudence semble enfin s'orienter vers une interprétation plus permissive des fonctions des délégués du personnel (§ 1). Leurs moyens se sont, eux, nettement accrus (§ 2).

§ 1 Fonctions

951 Les délégués du personnel on d'abord pour fonction de présenter des réclamations. Plus précisément, de « présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales (...), ainsi que des conventions et accords applicables » (art. L. 422-1, al. 1er C. trav. ; L. 2313-1 al. 1er recod.). Ils peuvent encore se plaindre à l'extérieur des violations du droit et « saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle » (art. L. 422-1, al. 2 C. trav. ; L. 2313-1 al. 2 recod.).

À lire ces textes, les fonctions des délégués du personnel semblent avoir gardé de leurs origines une certaine modestie. Présenter les revendications des autres lorsqu'elles touchent au salaire et lorsqu'elles visent à demander que le droit soit respecté. Se plaindre à l'inspection du travail en cas de violation du droit. S'abstenir de revendiquer soi-même et même de présenter des réclamations d'avantages nouveaux, dès lors que celles-ci sortent du domaine étroit des salaires. Voilà qui semble très restrictif et passablement anachronique, à une époque où les syndicats ont toute leur place dans l'entreprise et où la liberté d'expression autorise chacun à émettre des revendications. Chacun, y compris donc, pourrait-on penser, le délégué du personnel...

952 Aussi, les fonctions des délégués du personnel semblent-elles en passe d'évoluer. Leur fonction de présentation de réclamations s'interprète aujourd'hui de manière plus permissive (A), même si l'exigence d'un lien direct entre les actes du délégué et les intérêts des salariés demeure, à juste titre, impérative (B).

953 Les délégués du personnel ont de plus une fonction consultative occasionnelle, par exemple en matière d'inaptitude physique définitive (art. L. 122-32-5 C. trav. ; L. 1226-10 recod.), ou de congés payés (art. L. 223-7 et L. 223-8 C. trav. ; L. 3141-13 et L. 3141-20 recod.).

954 Ils ont surtout un très important rôle de suppléance des autres institutions représentatives du personnel. En l'absence de comité d'entreprise et de CHSCT, ces délégués remplissent l'essentiel des missions dévolues à ces comités. Ils deviennent alors dotés de très importantes attributions.

Dans le cadre de la délégation unique du personnel (v. nos 965-968), les choses vont encore un peu plus loin, puisque les élus délégués du personnel sont aussi les membres du comité d'entreprise. Il ne s'agit plus alors de combler une carence, mais d'incarner les deux institutions.

Et les délégués du personnel peuvent encore être désignés délégué syndical, y compris dans les entreprises n'atteignant pas le seuil de cinquante salariés (art. L. 412-11 dernier alinéa ; L. 2143-6 recod.).

Ils peuvent donc, dans certains cas, réunir sur leur tête toutes les autres institutions représentatives.

Black plaque (557,1)

A. Réclamations et revendications

955 Depuis la loi de 1982, il est devenu clair que les délégués du personnel peuvent présenter des réclamations d'augmentation des salaires (la question était plus difficile auparavant). Mais les délégués peuvent-ils demander de nouveaux avantages dans d'autres domaines ?

Cette question dépend du sens accordé au mot « réclamation ». Ce mot doit-il être limité aux demandes sur l'application des textes existants ? Ou bien les délégués du personnel peuvent-ils de surcroît réclamer des améliorations du statut des salariés ? En d'autres termes faut-il opposer les « réclamations » limitées aux demandes d'application des règles existantes et les « revendications », qui permettent de demander plus ?

956 La Cour de cassation a d'abord adopté une vision large de la mission des délégués du personnel (v. Soc. 3 janvier 1957, *D*. 1957. 88 ; Crim. 2 mars 1961, *Boulanger*, *Bull. crim*, n° 139 ; *Dr. soc.* 1961. 417, note Brethe de la Gressaye). Puis elle a adopté une position très restrictive (Crim. 24 mai 1973, *Citroën*, *Bull. crim*., n° 239 ; *D*. 1973. 599, note J. Savatier et, sur la question, J. Pélissier, *JCP* 1972. II. 16970 et 17074 ; J.-M. Verdier, *D*. 1972. 334) et interprété le texte alors applicable pour interdire aux délégués de réclamer des augmentations de salaire. Cette solution a été contredite par la loi du 28 octobre 1982, laquelle accorde compétence aux délégués pour présenter « toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires » (art. L. 422-1, al. 1er C. trav. ; L. 2313-1 recod.).

Mais dans les autres matières, l'affaire n'a pas été résolue par la loi. Le raisonnement de l'arrêt *Citroën* du 24 mai 1973 précité était qu'il ne fallait pas que les délégués du personnel aient des fonctions qui empiètent sur celles des délégués syndicaux...

Ce raisonnement a perduré après la loi de 1982, au sein de la chambre criminelle, pour faire prédominer une vision restrictive des fonctions des délégués en leur interdisant, sauf en matière de salaire, de présenter des réclamations sur l'amélioration du statut collectif, des « revendications » (Crim. 26 janvier 1993, *Bull. crim*., n° 43 ; *Dr. soc.* 1993. 746, obs. J. Savatier).

957 En revanche, la chambre sociale semble avoir évolué vers plus de souplesse. C'est du moins le sens qui peut être donné à un arrêt *Piquot* du 23 septembre 1992 (*Bull. civ*. V, n° 478 ; *Grands arrêts*, n° 134). En l'espèce, une action commune avait été menée par des délégués du personnel, des délégués syndicaux, et des membres du comité d'entreprise. Cette action avait pour objet la demande d'une possibilité de prendre le café dans l'entreprise, question qui ne relève pas, *a priori*, d'une simple application des lois et conventions collectives applicables. Et, si l'on en croit le moyen de l'employeur, il s'agissait d'une action non dépourvue de caractère revendicatif, puisqu'il s'agissait d'une « manifestation de type carnavalesque, avec des panneaux portant des inscriptions désobligeantes, et accompagnée de la diffusion de musique, de la distribution de tracts, de café et de croissants, sur les lieux de travail et aux heures de travail ». La Cour décide cependant que le temps passé à cette manifestation par les divers représentants impliqués entrait bien dans leurs fonctions respectives et qu'il pouvait par conséquent s'imputer sur leurs crédits d'heures respectifs. L'existence de compétences partagées par les différentes institutions représentatives est ainsi reconnue. Et cela permet à la Cour d'intégrer une action revendicative au

sein des compétences des délégués du personnel. Il faut souhaiter que cette évolution de la jurisprudence de la chambre sociale, encore timide, se confirme, et qu'elle puisse venir à bout des réticences désuètes de la chambre criminelle.

■ 958 Il est en effet vain de vouloir préserver la spécificité de chaque institution en évitant les empiétements. De tels domaines communs sont inévitables en pratique et en droit. Pour ne prendre qu'un exemple, on rappellera que la négociation obligatoire menée par les délégués syndicaux porte, depuis longtemps, sur des thèmes qui exigent une consultation préalable du comité, sans que cette double compétence n'ait été perçue comme problématique (v. not. Soc. 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *Grands arrêts*, n° 153 ; Soc. 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105).

Il est dès lors difficile de tirer argument de la compétence des délégués syndicaux pour nier celle des délégués du personnel.

De plus, les délégués du personnel sont en principe des militants syndicaux. Et il n'apparaît ni praticable ni opportun de leur interdire toute action revendicative dans le cadre de leur mandat.

B. Exigence d'un lien direct

■ 959 Un lien direct entre l'action du délégué du personnel et les intérêts des salariés qui l'ont élu doit être maintenu (v. not. Soc. 24 mars 1993, *Bull. civ.* V, n° 98), alors qu'un lien indirect avec les salariés de l'établissement ou de l'entreprise où ils sont désignés semble suffire pour l'action des délégués syndicaux.

Cette exigence d'un lien direct maintenu avec les intérêts des électeurs est justifiée, même si elle a parfois pu conduire à des solutions excessives. Ainsi, la participation du délégué du personnel à une réunion d'information portant notamment sur le droit applicable aux délégués du personnel, a pu être considérée comme dépourvue de lien direct avec ces intérêts, au motif que le sujet de la réunion n'était pas spécifiquement consacré aux problèmes de l'entreprise (Soc. 8 mars 1984, *Bull. civ*. V, n° 92 ; pour une solution similaire prise au sujet d'un membre du CHSCT, Soc. 5 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 259). Cette solution est discutable puisqu'il est de l'intérêt direct des électeurs qu'un délégué du personnel ait connaissance de l'étendue de ses droits. En revanche, la Cour de cassation n'exige plus de circonstances exceptionnelles pour que les délégués exercent leur mission en dehors des locaux de l'entreprise (Soc. 14 février 1989, *Bull. civ.* V, n° 121).

■ 960 À la suite de cette ouverture et par l'effet de la loi du 31 décembre 1992 (sur laquelle v. n° 961), le temps passé par les délégués du personnel à assister aux instances prud'homales est de plus en plus facilement inclus dans leurs attributions. Alors qu'en principe l'assistance ou la représentation d'un salarié devant le conseil de prud'hommes n'appartient pas à la mission de délégué du personnel (Soc. 21 février 1990, *Bull. civ*. V, n° 85), tel n'est plus le cas lorsqu'il s'agit de défendre les droits et libertés ou de lutter contre une discrimination (Soc. 26 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 238 ; *Dr. soc.* 1999. 773, note C. Radé) ou lorsqu'il s'agit pour le délégué de défendre ses propres prérogatives (Soc. 3 juillet 1990, *Bull. civ.* V, n° 339 ; Ass. plén. 31 octobre 1996*).

■ 961 Il résulte de l'ensemble de ces solutions que, suivant la voie tracée par le législateur, la chambre sociale élargit peu à peu la latitude accordée aux délégués du personnel

Black plaque (559,1)

dans l'exercice de leur mandat. Elle pourrait notamment contribuer à réduire le contentieux de l'usage des heures de délégation (sur ces heures, v. n° 1119 et s.). Ce qui apparaît d'autant plus souhaitable que l'action en contestation des heures de délégation porte sur des sommes généralement modiques et qu'elle s'explique souvent par la volonté de l'employeur d'exercer une pression à l'encontre des élus du personnel.

§ 2 Moyens

962 Comme les autres institutions représentatives, les délégués du personnel ont droit à un local (qui peut être commun avec le comité d'entreprise) et à des heures de délégations (sur lesquelles, v. n° 1119 et s.).

Leur moyen d'influence spécifique principal est dans la réunion mensuelle qu'ils doivent avoir avec l'employeur (A). Les délégués du personnel sont, de plus, détenteur d'un droit d'alerte et d'action en justice très efficace en matière de droits de l'homme et de protection de la santé (B).

A. La réunion mensuelle

963 Une réunion doit être tenue entre l'employeur et les délégués du personnel au moins une fois par mois (art. L. 424-4 C. trav. ; L. 2315-8 recod.). Cette réunion est précédée et suivie de formes spécifiées par la loi (art. L. 424-5 C. trav. ; L. 2315-12 recod.). Les demandes sont présentées par écrit au moins deux jours ouvrables avant la date de la réunion. L'employeur doit répondre par écrit à ces demandes, au plus tard dans les six jours ouvrables suivant la réunion. Et ces questions et réponses sont transcrites dans un registre spécial, à la disposition des salariés et de l'inspecteur du travail.

Ces formalités sont importantes. Si la demande porte sur l'application du droit, et si l'employeur entend ne pas les satisfaire, il lui est ainsi demandé d'affirmer sa volonté de continuer à violer la règle de droit, dans un écrit qui sera mis à la disposition de l'inspecteur du travail. La seule exigence d'un tel aveu constitue une pression qui peut être efficace.

B. Alerte, référé-liberté et référé-santé

964 La loi du 31 décembre 1992 a accordé aux délégués du personnel un droit d'alerte et un droit d'agir en justice spécifiques (art. L. 422-1-1 C. trav. ; L. 2313-2 recod.). Ces droits ont vu leur champ d'application s'accroître à deux reprises.

À l'origine ils étaient limités aux cas d'atteintes aux droits et libertés des personnes. Ils ont été étendus aux discriminations par la loi du 16 novembre 2001 et aux atteintes à la santé physique ou mentale d'un salarié par la loi du 17 janvier 2002.

Dans toutes ces hypothèses, le délégué peut saisir l'employeur, qui doit alors mener une enquête contradictoire et prendre les mesures nécessaires (art. L. 422-1-1, al. 2 C. trav. ; L. 2313-2 al. 2 recod.). En cas de carence de l'employeur ou si les mesures prises semblent insuffisantes au délégué, ce dernier peut saisir le conseil de prud'hommes, à la seule condition que le salarié concerné en soit informé par écrit et qu'il ne s'y oppose pas (ce qui rappelle l'action de substitution accordée aux syndicats : v. n°s 693-696). Le bureau de jugement du conseil statue alors en la forme

Black plaque (560,1)

des référés et peut ordonner toutes mesures pour faire cesser le trouble constaté, au besoin sous astreinte (art. L. 422-1-1, al. 3 et 4 C. trav. ; L. 2313-2 al. 3 et 4 recod.).

L'action est rapide et efficace. Il s'agit d'un puissant levier en vue d'une meilleure effectivité des droits de l'homme et des règles protectrices de la santé dans l'entreprise.

section 2

La délégation unique

965 Ce mécanisme a été mis en place par la loi du 20 décembre 1993. Elle permet de simplifier la structure des institutions représentatives, dans les entreprises de moins de deux cents salariés.

La mise en place d'une délégation unique est une faculté ouverte à la décision unilatérale de l'employeur (art. L 431-1-1 C. trav. ; L. 2326-1 recod.), après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise.

966 Lorsqu'elle est mise en place, la délégation unique rassemble les délégués du personnel et le comité d'entreprise.

La délégation unique est composée des délégués du personnel. En cas de mise en place de cette délégation, leur nombre est toutefois légèrement accru (art. R. 423-1-1 C. trav.).

967 Les attributions des délégués du personnel et celles du comité d'entreprise sont intégralement maintenues. Juridiquement même, les deux institutions représentatives continuent à exister. Elles sont simplement composées des mêmes personnes. La réunion mensuelle des délégués du personnel et celle du comité d'entreprise devront être tenues successivement, selon les règles applicables à chacune de ces institutions (art. L. 431-1-1 C. trav. ; L. 2326-3 recod.).

968 Les gains pour l'employeur de la mise en place d'une telle délégation unique sont surtout dans la réduction du nombre d'interlocuteurs et donc du nombre de personnes protégées. La délégation unique permet aussi une réduction du nombre d'heures de délégation à accorder.

La simplification opérée a l'avantage de réunir les institutions représentatives et d'éviter ainsi de multiplier les possibles divisions au sein de la représentation du personnel.

section 3

Le CHSCT

969 Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est un organe élu par un collège composé des membres élus du comité d'entreprise et des délégués du personnel (art. L. 236-5 C. trav. ; L. 4613-1 recod., v. n°s 1099-1101). Ses attributions,

Black plaque (561,1)

comme son nom l'indique, sont relatives à l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, ce qui débouche naturellement sur une compétence relative à l'ensemble des conditions de travail. La question de la santé est en effet présente non seulement au travers des équipements et machines, mais encore au travers de l'organisation du temps de travail, des méthodes de gestion du personnel, du stress au travail, etc. Le champ d'intervention du comité est donc large. Il l'est d'autant plus que les questions de sécurité sont toujours plus importantes dans notre société comme en droit.

Dans son domaine d'intervention, le CHSCT a des attributions qui ne sont pas sans rappeler celles du comité d'entreprise.

970 Il doit tout d'abord être informé et consulté dans toute une série de cas, dont la liste se trouve à l'article L. 236-2 C. trav. (L. 4612-8 à L. 4612-15 recod.) et notamment avant toute « décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ». L'expression est ouverte : toute décision importante ayant un impact sur les domaines de compétence du comité requiert un avis préalable.

971 À l'instar du comité d'entreprise, le CHSCT peut bénéficier d'experts rémunérés par l'employeur. Les cas de recours à de tels experts sont largement compris. Le comité peut faire appel à une telle expertise « lorsqu'un risque grave, (...) une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement », mais aussi et surtout, « en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail » (art. L. 236-9 C. trav. ; L. 4614-12 recod.).

972 Le CHSCT est, en outre, destinataire de toutes les informations utiles, d'un bilan annuel rédigé par l'employeur sur les questions qui relèvent de sa compétence, etc. Il peut aussi aller chercher les informations lui-même. Il lui est reconnu le droit de diligenter une enquête en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle (art. R. 236-10 C. trav.). Et il doit procéder au moins chaque trimestre à des inspections qui lui permettent de veiller à l'application des prescriptions légales et réglementaires en matière de sécurité (art. L. 236-2 al. 3 C. trav. ; L. 4612-4 recod.).

Il se réunit au moins tous les trimestres (art. L. 236-2-1 C. trav. ; L. 4614-7 recod.).

973 Le CHSCT a longtemps été considéré comme une institution représentative de seconde importance. La montée en force des questions relatives à la sécurité, l'effritement de la réglementation protectrice dans les autres domaines et ses importants moyens notamment en termes d'expertise, en font une institution représentative en plein essor.

Black plaque (562,1)

section 4

Les représentants des salariés au sein des organes dirigeants de la société employeur

974 Les représentants du personnel et les représentants syndicaux sont biens séparés des organes directeur de la personne morale employeur. Le personnel est organisé d'un côté, le capital de l'autre. On ne mélange pas les torchons et les serviettes. Le Code du travail d'un côté, le Code de commerce de l'autre. Dans les sociétés commerciales, cette division profonde, essentielle, ne connaît que de tous petits tempéraments. Pour trouver plus de démocratie appliquée dans le monde du travail, il faut quitter les sentiers battus et s'intéresser à des personnes morales plus marginales (SCOP, coopératives...). Nous en resterons ici à la mention des bribes de participation laissées aux salariés dans les organes des sociétés commerciales.

975 Le comité d'entreprise peut désigner quatre représentants, répartis dans les différents collèges électoraux, à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société anonyme (art. L. 432-6 C. trav. ; L. 2323-62 et s. recod.). Ces représentants ont le droit de s'exprimer et ils reçoivent les mêmes documents que ceux transmis aux administrateurs. Ils n'ont cependant qu'une voix consultative : ils ne participent pas, par leur vote, aux décisions.

976 Des représentants des salariés ayant voix délibérative (*ie* qui votent) peuvent en outre être élus au conseil d'administration des sociétés anonymes (art. L. 225-27 et s. C. com.). Cette possibilité, facultative, est rare. On ne la retrouve guère qu'au sein de sociétés ayant été privatisées, la technique de l'administrateur élu ayant été utilisée pour maintenir la représentation du personnel qui existe au sein des entreprises publiques depuis la loi du 26 juillet 1983.

Lorsqu'ils existent, les administrateurs élus au conseil d'administration des sociétés anonymes ne peuvent dépasser le tiers du total des membres de ce conseil : la cogestion est prohibée. Et il est prévu que les administrateurs élus ne peuvent exercer aucune autre fonction de représentation dans l'entreprise (la participation exclut la contestation). L'élection est une élection sur liste syndicale, à laquelle peuvent en outre participer les salariés soutenus par au moins 5 % des électeurs. Sauf s'il n'y a qu'un siège à pourvoir, l'élection se fait au scrutin proportionnel au plus fort reste (sur ce mode de scrutin, v. n° 1088).

Malgré ses limites, lorsqu'elle est prévue, cette possible élection d'administrateurs élus permet une véritable participation des salariés à la gestion des entreprises.

Black plaque (563,1)

section 5

Le comité de groupe

977 Le comité de groupe, composé de membres désignés par les syndicats parmi leurs élus (v. n°s 1112-1116), présente l'intérêt d'une représentation des salariés là où s'exerce le pouvoir dominant dans un groupe de sociétés. Cette représentation n'est cependant dotée que d'attributions très réduites, comme si, là où s'exerce le vrai pouvoir, il n'était pas question d'instaurer un véritable dialogue social. Le comité de groupe n'est qu'un réceptacle d'informations (art. L. 439-2 C. trav. ; L. 2332-1 et L. 2332-2 recod.). Ces informations ont cependant parfois une grande importance. Le comité de groupe est, notamment, récipiendaire des comptes consolidés, lorsqu'ils existent.

Les différentes informations reçues pourront être transmises aux différents comités d'entreprise.

Le comité de groupe est présidé par le chef de l'entreprise dominante. Il élit un secrétaire. Et il ne se réunit, au minimum, qu'une fois par an.

978 Les attributions du comité de groupe apparaissent bien timides, surtout lorsqu'on les compare aux attributions des comités d'entreprise. Ce qui permet de montrer à quel point l'écran de la personnalité morale demeure efficace pour couper les salariés et leurs représentants des lieux d'exercice réels du pouvoir dans les entreprises organisées en groupe de sociétés.

section 6

Les comités européens

979 Le comité d'entreprise européen créé en 1994 pour les entreprises « de dimension communautaire » (§ 1) a été repris, quasiment à l'identique, pour constituer un comité d'entreprise au sein de la société européenne issue du règlement européen de 2001 (§ 2).

§ 1 Le comité d'entreprise européen

980 Le comité d'entreprise européen est issu de la directive du 22 septembre 1994 (94/45 CE), laquelle a été transposée par la loi du 12 novembre 1996.

Il s'impose dans les entreprises et groupes « de dimension communautaire » (art. L. 439-6 C. trav. ; L. 2341-1 et L. 2341-2 recod.). L'innovation principale de ce texte est d'assimiler groupe et entreprise, pour leur appliquer les mêmes règles. La division d'une entreprise en sociétés distinctes est donc sans influence, pour une fois, sur l'organisation de la représentation du personnel.

La « dimension communautaire » suppose une certaine taille. L'entreprise ou le groupe doivent avoir au moins mille salariés dans l'Union européenne et être établis

Black plaque (564,1)

de manière importante dans au moins deux États : les entreprises de dimension communautaire doivent comprendre au moins deux établissements de cent cinquante salariés dans deux États et les groupes de dimension communautaires, au moins deux sociétés employant cent cinquante salariés dans deux États.

■ 981 Les attributions et l'organisation des comités d'entreprise européens sont normalement issues d'un accord conclu au sein d'un groupe spécial de négociation. Les membres de ce groupe spécial sont désignés de manières variées selon les pays de l'Union européenne, les traditions étant d'un pays à l'autre, très différentes. En France, les représentants sont désignés par les syndicats parmi leurs élus, à la manière de ce qui se pratique pour le comité de groupe français (v. n°s 1112-1116). Ce groupe adopte un accord, à la majorité absolue de ses membres (ce qui est une originalité par rapport aux systèmes français de négociation collective).

■ 982 En l'absence d'accord, les membres du comité sont désignés à la manière des membres du groupe spécial de négociation. Le comité se réunit au moins une fois par an (art. L. 2343-3 recod.). Il est présidé par le chef d'entreprise ou le chef de l'entreprise dominante. Il élit un secrétaire.

■ 983 Selon le texte de la directive et celui de la loi de transposition, en l'absence d'accord, les attributions du comité sont assez floues. Son domaine de compétence comprend toute une liste de sujets qui englobent la plupart des événements économiques importants dans la vie de l'entreprise ou du groupe et notamment sa situation économique et financière, l'évolution probable de ses activités et de l'emploi, tous les changements substantiels concernant l'organisation, l'introduction de nouvelles méthodes de travail ou de nouveaux procédés de production, ou encore les licenciements collectifs (art. L. 439-15 C. trav. ; L. 2343-3 recod.).

Mais les textes se contentent de dire que tel est l'objet de la réunion annuelle. Ce qui suppose une information, peut-être une discussion, mais n'implique pas, *a priori*, d'obligation de consultation préalable à la prise de décision.

■ 984 En revanche, selon le texte, en cas de « circonstances exceptionnelles qui affectent considérablement les intérêts des salariés », il doit être procédé « à un échange de vues et à un dialogue » (art. L. 439-15 C. trav.). Les juridictions françaises ont interprété ces termes comme une véritable obligation de consultation préalable, calquée sur les prérogatives reconnues aux comités d'entreprise (Versailles 7 mai 1997, rendue dans l'affaire *Vilvorde*, *Dr. soc.* 1997. 493, obs. M.-A. Moreau, p. 509, obs. A. Lyon-Caen). Prenant acte de cette jurisprudence, la recodification parle, dans ce cas, du droit du comité d'être « informé et consulté » (art. L. 2343-4 recod.).

Cette solution permet au comité d'entreprise européen d'être plus qu'un simple lieu d'information et d'être un véritable lieu de consultation préalable, il est vrai seulement pour les décisions les plus graves pour l'avenir des salariés (fermeture d'établissement, réorganisations, fusions, externalisation...).

§ 2 Le comité de la société européenne

■ 985 La société européenne est une nouvelle forme de société anonyme, créée au niveau de l'Union européenne par le règlement du 8 octobre 2001 n° 2157/2001 (CE). Dans ce type de société la représentation des salariés est organisée au sein d'un comité

Black plaque (565,1)

d'entreprise spécial, créé par une directive du même jour (2001/86/CE), transposée par la loi du 26 juillet 2005.

Ce comité est semblable au comité d'entreprise européen. Un groupe spécial de négociation désigné de manière similaire en fixe les contours (art. L. 439-29 et s. C. trav. ; L. 2352-5 recod.). Et, en l'absence d'accord, les attributions de ce comité sont, à quelques détails près, calquées sur celles du comité d'entreprise européen (art. L. 439-39 C. trav. ; L. 2353-3 et s.).

Black plaque (566,1)

Biblio

- J. Savatier, « La représentation des salariés dans les organes de la société anonyme après la loi du 25 juillet 1994 », *Dr. soc.* 1995. 33.
- J. Savatier, « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. soc.* 1993. 746.
- A. Lyon-Caen, obs. sous Versailles 7 mai 1997, *Dr. soc.* 1997. 509.
- M.-A. Moreau, « À propos de l' "affaire Renault" », *Dr. soc.* 1997. 493.
- M. Germain, « Les structures de l'entreprise et le droit du travail », *Dr. soc.* 2005. 129-132.
- S. Laulom et C. Vigneau, « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.* 2005. 526-535.
- M.-A. Moreau, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006. 308-318.

Documents

Vers un élargissement des attributions des délégués du personnel ?

Soc. 23 septembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 478

« (Selon le moyen)…il n'entre dans la mission ni des délégués syndicaux, ni des représentants élus du personnel d'organiser une manifestation de type carnavalesque, avec des panneaux portant des inscriptions désobligeantes, et accompagnée de la diffusion de musique, de la distribution de tracts, de café et de croissants… »

Mais attendu (selon la Cour) qu'ayant constaté que l'activité litigieuse des représentants élus du personnel et des représentants syndicaux avait trait à l'information des salariés à leur poste de travail, conformément à l'objet de leurs mandats respectifs, et n'avait pas apporté de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés au sens des articles L. 412-17, L. 424-3 et L. 434-1 du Code du travail (relatifs au délégués syndicaux, du personnel et aux élus du comité d'entreprise), le conseil de prud'hommes a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Ass. plén. 31 octobre 1996, *Bull. Ass. plén.*, n° 7 ; *Dr. soc.* 1997. 270, note J.-M. Verdier ; *JCP* 1996. 496, note D. Corrignan-Carsin

« En assurant sa propre défense lors d'une contestation par l'employeur de l'utilisation des heures de délégation, le salarié protégé est dans l'exercice de son mandat ».

Interprétation restrictive du droit d'agir en justice du CHSCT

Crim. 11 octobre 2005, *Bull. crim.*, n° 254 ; *Dr. soc.* 2006. 43-47, obs. F. Duquesne

« Attendu que, si les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par l'article L. 236-1 du Code du travail ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail, et s'ils sont dotés, dans ce but, d'une faculté d'expression collective pour la défense des intérêts

Black plaque (567,1)

dont ils ont la charge, il n'en demeure pas moins que, pour se constituer partie civile en cours d'instruction, ils doivent justifier de la possibilité d'un préjudice direct et personnel découlant des infractions poursuivies, comme l'exige l'article 2 du Code de procédure pénale ;

Que tel n'est pas le cas en la cause, s'agissant de délits d'homicides et de blessures involontaires subis par des tiers à cet organisme ».

Black plaque (569,1)

chapitre

26

Désignation et élection des représentants

Black plaque (570,1)

Plan analytique

section 1

Unité de représentation

§ 1 L'entreprise

A. Entreprise et personnalité morale

B. Entreprise et unité économique et sociale

§ 2 L'établissement

A. Des intérêts propres

B. Sous la direction d'un représentant de l'employeur

C. Le nécessaire passage des seuils

D. L'appartenance à une seule entreprise

§ 3 Le site

§ 4 Le groupe

section 2

Seuils d'effectifs

§ 1 Le calcul de l'effectif

§ 2 Le passage d'un seuil de création

§ 3 Le passage d'un seuil de destruction

section 3

Élections au suffrage direct

§ 1 Initiative et carence

§ 2 Protocole préélectoral

§ 3 Électeurs et candidats

A. Division des électeurs et des candidats : les collèges électoraux

B. Les électeurs

C. Les candidats

§ 4 Détermination des élus : le scrutin

§ 5 Contestations

Black plaque (571,1)

section 4

Élections au suffrage indirect

§ 1 Élections au comité central d'entreprise

§ 2 Élections au CHSCT

section 5

Désignation par les syndicats

§ 1 La désignation des délégués syndicaux

§ 2 La désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise

§ 3 La désignation des représentants au comité de groupe et aux comités du droit européen

986 La mise en place d'une institution représentative du personnel ou d'un représentant des syndicats, de même que le calcul du nombre de représentant pouvant être élus ou désignés suppose d'abord la détermination de l'unité dans laquelle cette désignation ou cette élection aura lieu (section 1). Ce peut être selon le cas, le groupe, l'entreprise, l'établissement, le site...

Il est encore nécessaire de passer certains seuils d'effectifs (section 2).

Un salarié peut être titulaire d'un mandat soit parce qu'il a été élu par les salariés, au scrutin direct (section 3) ou indirect (section 4), soit parce qu'il a été désigné par un acte unilatéral du syndicat (section 5).

section 1

Unité de représentation

987 À la lecture du Code du travail, il apparaît que les principales institutions représentatives sont, en principe, désignées dans l'« entreprise ». Tel est notamment le cas du comité d'entreprise (art. L. 431-1 C. trav. ; L. 2322-1 recod.), des sections syndicales (art. L. 412-6 C. trav. ; L. 2142-1 recod.) et de la délégation unique du personnel (art. L. 431-1-1 C. trav. ; L. 2326-1 recod.). En revanche, les délégués du personnel (art. L. 421-1 ; L. 2312-1 recod.) et le CHSCT (art. L. 236-1 C. trav. ; L. 4611-1 recod.) ont un cadre d'élection de principe plus petit : l'« établissement » (§ 2).

Les délégués syndicaux ont pour cadre de principe l'entreprise dans le Code actuel (art. L. 412-11 C. trav.) et l'établissement dans le cadre de la recodification (art. L. 2143-3 recod.). Ce changement ne devrait pas avoir de conséquences très importantes (v. ci-dessous).

988 Le choix opéré par le législateur entre établissement et entreprise comme cadre de principe d'une institution a des conséquences pratiques limitées.

Tout d'abord, certaines entreprises ne comptent qu'un seul établissement et, alors, les cadres coïncident.

Ensuite, toutes les institutions représentatives dont le cadre de principe est l'entreprise peuvent être organisées dans le cadre des différents établissements, dès lors que ceux-ci ont des effectifs suffisants. Une structure centrale au niveau de l'entreprise peut alors être ajoutée à ces structures décentralisées. Une entreprise qui contient trois établissements ayant chacun plus de cinquante salariés pourra ainsi compter trois comités d'établissement et un comité central d'entreprise. Cette faculté de créer un niveau central est aussi reconnue pour les délégués syndicaux, et ce y compris par la recodification (art. L. 412-12 C. trav. ; L. 2143-5 recod.). Ce qui rend leur

Black plaque (573,1)

cadre de désignation, en pratique, similaire à celui des comités d'entreprise, y compris lorsque la recodification sera applicable.

989 La mention de l'établissement comme cadre de principe a plus d'impact pour les délégués du personnel et le CHSCT : pour ces institutions, il n'existe pas de structure centrale qui viendrait chapeauter les désignations faites dans les établissements.

En revanche, plusieurs CHSCT peuvent être constitués dans un même établissement. Dans les établissements d'au moins cinq cents salariés cette multiplication des CHSCT peut être décidée par accord du comité d'entreprise et de l'employeur ou, à défaut, par décision de l'inspecteur du travail, si des spécificités liées aux risques encourus, aux tâches, aux locaux ou aux modes d'organisation du travail, rendent cette séparation utile (art. L. 236-6 C. trav. ; L. 4613-4 recod.).

990 Certaines institutions peuvent en outre être constituées dans des cadres qui regroupent plusieurs entreprises. Les principales sont les « groupes de sociétés » (§ 3) et le « site » (§ 4). Ces unités seront abordées après l'étude des unités de principe que sont l'entreprise (§ 1) et l'établissement (§ 2).

§ 1 L'entreprise

991 La question est ici de trouver le cadre de principe dans lequel doivent être désignées les principales institutions représentatives. Cette opération consiste à placer des limites, des frontières, pour dire quels sont les différents éléments qui seront regroupés dans un même ensemble économique : l'entreprise.

Cette question de la *délimitation* ne doit pas être confondue avec la question de la *nature* de l'entreprise.

992 Il existe en effet des débats essentiels et rudes sur la nature de l'entreprise. Elle peut être perçue simplement comme une organisation réunissant des moyens et des personnes autour d'une activité économique. Elle est alors un rassemblement, un conglomérat, une addition d'éléments divers. C'est ce sens qui est aujourd'hui prédominant en droit. L'entreprise peut aussi être comprise de manière plus fusionnelle, plus forte, les différents éléments étant alors fondus pour créer une unité substantielle, une essence propre. L'entreprise peut alors être perçue comme une « institution » et il est vite question de lui accorder des attributs analogues à ceux des individus, comme la volonté, l'intérêt ou même la citoyenneté. C'est à ce second sens qu'il est souvent fait allusion lorsqu'il est question des théories de l'« entreprise ». On s'en tiendra ici au premier de ces sens, seul conforme au droit positif (sur la théorie de l'institution v. n°s 13, 14 et 17).

993 La notion d'« entreprise » s'est avérée un peu difficile à manier au quotidien. Une sorte de présomption d'identité entre l'entreprise et la personne morale qui organise l'employeur a alors été créée (A). Cette discutable présomption cède avec la preuve d'une « unité économique et sociale » (B).

A. Entreprise et personnalité morale

994 Le terme « entreprise » vise une situation de fait. Avec toutes sortes de nuances selon ses contextes juridiques, il signifie usuellement un ensemble de moyens et de personnes,

Black plaque (574,1)

une organisation, ayant une activité économique. Identifier une « entreprise » suppose de tracer les limites de cet ensemble. Et cette tâche apparaît bien difficile.

Une certaine organisation et un certain pouvoir sont nécessaires pour que l'ensemble tienne, pour que l'unité fasse sens. Mais, entre l'unité d'organisation évidente que permet de déceler une organisation hiérarchique centralisée et les simples relations contractuelles entre indépendants, tout est question de degré et non de nature.

La recherche d'une unité dans l'activité est une piste encore plus fragile. Une activité unique peut être composée de tâches complémentaires fort différentes, faites par des entités tout à fait distinctes, comme lorsque plusieurs artisans indépendants participent, chacun dans son domaine de spécialité, à un même et unique chantier. Une organisation unique et centralisée peut, réciproquement, avoir plusieurs activités tout à fait indépendantes et conserver suffisamment d'unité pour mériter encore d'être qualifiée d'« entreprise ».

■ 995 En revanche, tracer le pourtour d'une personne morale est très simple : on en connaît les actionnaires, le patrimoine, le siège, l'objet... Mais la création de personnes morales est très libre et il n'est nullement exigé qu'une personne morale corresponde à une unité d'organisation ou d'activité. Le pourtour d'une personne morale dépend seulement de la volonté des parties qui créent cette personne morale : c'est un artifice juridique. Une même activité et un même pouvoir peuvent être structurés autour de centaines de petites personnes morales. De très nombreuses unités économiques, même de petite taille, sont aujourd'hui constituées de plusieurs sociétés distinctes, plus ou moins imbriquées, formant des micro-groupes de sociétés.

■ 996 Pour résumer, l'« entreprise » correspond à une *réalité*, mais celle-ci est *très difficile à cerner*. Réciproquement la personne morale *est une fiction*. Mais cette fiction est *très facile à cerner*.

■ 997 La solution de facilité est alors claire. Plutôt que de se lancer à chaque fois dans la réalité économique et ses difficiles nuances, plutôt que de tenter de retrouver le sens et les organisations de fait, il est de très loin plus facile de *présumer* que chaque personne morale distincte est une « entreprise » distincte. Ceci peut expliquer la présomption très forte, que les juges accordent à l'identité entre personne morale et entreprise. Cette présomption n'est pourtant nullement imposée par des textes qui, eux, se réfèrent à la situation économique de fait, à l'entreprise.

L'assimilation par la jurisprudence de l'entreprise et de la personnalité morale connaît toutefois un tempérament. Le caractère fictif de la division en personnes morales est parfois trop évident. Les juges dépassent alors l'écran de la personne morale. Mais ce dépassement est encore très difficile. La jurisprudence a donné un nom à la situation exceptionnelle qui le permet : celui d'« unité économique et sociale ».

B. Entreprise et unité économique et sociale

■ 998 Selon le sens commun des mots, il y a une certaine synonymie entre « entreprise » et « unité économique et sociale ». La notion d'« entreprise » pourrait même être définie comme une « unité économique et sociale ». La personnalité morale ne serait plus, alors qu'un indice, assez peu fiable, dans la recherche nécessaire et systématique du

Black plaque (575,1)

cadre économique réel. Et cette solution apparaîtrait, au demeurant, assez conforme aux textes, ceux-ci visant l'« entreprise » et non la personne morale.

999 En jurisprudence, toutefois, le mot « entreprise » est interprété comme signifiant, en principe, « personne morale ». Les institutions représentatives doivent dont être créées dans chaque personne morale. Ce n'est que par exception, dans les seuls cas les plus criants, qu'une « unité économique et sociale » est reconnue. Alors et alors seulement, les différentes personnes morales sont fusionnées pour ne plus faire qu'une « entreprise » au sens de la mise en place des institutions représentatives.

Ce caractère exceptionnel de la reconnaissance d'une unité économique et sociale est fermement marqué par la jurisprudence, qui n'ose lever le voile de la personnalité morale qu'avec beaucoup de précautions.

1000 Historiquement, la première voie utilisée pour lever l'écran de la personne morale a été l'idée de la fraude à la loi (Crim. 23 avril 1970, *Éts Herriau*, *D.* 1970. 444 ; *JCP* 1972. II. 17046 ; *Grands arrêts*, n° 125). L'exemple type est celui de l'employeur qui divise son entreprise en plusieurs petites sociétés et qui répartit son personnel dans ces sociétés distinctes, afin d'éviter de passer les seuils au-delà desquels les institutions représentatives du personnel sont obligatoires. La théorie de la fraude à la loi rend cependant nécessaire la preuve d'une intention frauduleuse. Démontrer que la pluralité de société avait pour but l'évitement de la législation protectrice pouvait s'avérer en pratique assez difficile.

1001 Pour dépasser cette difficulté, progressivement, la Cour de cassation a abandonné la recherche d'une telle intention et partant elle a abandonné l'idée même de fraude à la loi. Elle s'est contentée de rechercher des critères objectifs, qui permettraient de regrouper plusieurs sociétés en une même « unité économique et sociale » : dès lors qu'une telle unité était découverte, elle devenait le cadre dans lequel les institutions représentatives pouvaient être désignées. La terminologie « unité économique et sociale » s'est imposée (Soc. 22 juillet 1975, deux arrêts, *Bull. civ.* V, n°s 421 et 424 ; Soc. 4 mars 1976, *Bull. civ.* V n° 142), après quelques tâtonnements (v. not. Soc. 14 février 1973, *Bull. civ.* V n° 82 ; Soc. 2 juillet 1975, *Bull. civ.* V, n° 367).

La notion d'« unité économique et sociale » a reçu une consécration législative avec la loi du 28 octobre 1982. Selon l'article L. 431-1 dernier alinéa du Code du travail (L. 2322-4 recod.), elle constitue le cadre de mise en place d'un « comité d'entreprise commun ». Ce texte ne concerne que le comité d'entreprise, mais fidèle à sa construction, la Cour de cassation souligne que la notion vaut aussi pour l'ensemble des représentants du personnel et des syndicats (v. not. Soc. 3 juillet 1985, *Bull. civ.* V n° 401).

1002 La jurisprudence définit la notion d'« unité économique et sociale » de manière restrictive, dans les termes suivants : « une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés » (Soc. 18 juillet 2000, *Sté Roussillon Agrégats*, *Bull. civ.* V, n° 299, *Dr. soc.* 2000. 1037, obs. J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 127).

Cette définition peut être brièvement précisée.

Black plaque (576,1)

1003 L'unité économique et sociale regroupe « plusieurs entités juridiquement distinctes », ce qui permet le regroupement de toutes sortes de personnes morales (pour un regroupement d'associations, v. Soc. 27 mars 1985, *D.* 1985. IR. 436, obs. Ph. Langlois ; *Dr. soc.* 1985. 540, concl. G. coordonnateur). En revanche, il est exclu de n'intégrer dans une unité économique et sociale qu'un « morceau » de personne morale, comme pourrait l'être un lieu ou un établissement distinct : ce sont exclusivement des personnes morales « entières », qui forment une unité économique et sociale (Soc. 21 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 578, la solution inverse a été un temps retenue : Soc. 18 juillet 1978, *Bull. civ.* V, n° 593 ; Soc. 4 février 1982, *Bull. civ.* V, n° 69 ; *D.* 1983. IR. 166, obs. A. Jeammaud).

L'unité recherchée est aussi « économique » et « sociale ».

1004 L'idée d'unité « économique » recouvre deux dimensions.

La première est « la concentration des pouvoirs de direction » : le pouvoir sur l'ensemble de l'unité économique et sociale doit être détenu, dans les faits, par la même personne. Cette unité du pouvoir est appréciée avec une certaine rigueur par la Cour, la simple appartenance à un même groupe lui apparaissant insuffisante à caractériser ce critère (Soc. 15 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 173). Les participations financières ne sont au demeurant qu'une source possible de l'unité du pouvoir. Il s'agit de rechercher, de manière très pratique, si, dans les faits, la même personne dirige les différentes personnes morales, ou bien, ce qui revient au même, s'il existe entre le dirigeant d'une personne morale et celui d'une autre personne morale un lien de domination suffisamment fort.

1005 La seconde dimension de l'unité « économique » est « la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités ». Il ne suffit donc pas qu'elles soient voisines ni même qu'elles relèvent de la même branche, au sens du droit des conventions collectives (Soc. 23 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 393). Il faut qu'elles participent à un même processus de production.

1006 L'idée d'unité « sociale » est la recherche d'une collectivité de travail, d'une « communauté de travailleurs » dit la Cour de cassation (Soc. 18 juillet 2000, *préc.*). Pareille communauté est constituée d'un « statut social et de conditions de travail similaires » : l'idée est que cette identité conduit, en principe, à une certaine communauté d'intérêts et de revendications. La « permutabilité des salariés », est un autre indice important, même s'il n'est pas indispensable. Une unité sociale sans permutabilité est possible (v. Soc. 8 avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 268). Réciproquement, malgré l'existence de quelques mutations, il se peut qu'aucune unité économique et sociale ne soit présente (v. Soc. 5 décembre 2000, *RJS* 2001, n° 213). Ceci permet de préserver la possibilité, pour les salariés qui travaillent dans le cadre d'une personne morale, d'exercer des fonctions au sein de la personne morale voisine sans que pour autant une fusion de ces personnes morales ne soit opérée.

Réciproquement, lorsque les personnels de deux sociétés sont soumis à des conventions collectives et à des statuts différents, ainsi qu'à des régimes de prévoyance et de mutuelle propres, que leurs conditions de travail sont différentes, et qu'il n'y a aucune similitude de gestion des situations individuelles, l'absence de communauté de travailleurs est caractérisée (Soc. 2 mai 2000, *Dr. soc.* 2000. 799, obs. J. Savatier).

Black plaque (577,1)

1007 La notion d'« unité économique et sociale » comprend une marge de flou et il n'est pas certain que son appréciation soit parfaitement identique selon l'institution qu'il s'agit d'établir. La jurisprudence n'exprime pas, cependant, de différence bien nette entre l'unité économique et sociale utile pour la création d'un comité d'entreprise, ou celle reconnue pour la désignation d'un délégué syndical, par exemple.

Dans tous les cas, l'appréciation de l'unité demeure trop restrictive pour permettre de lutter efficacement contre ces écrans que dressent les personnes morales entre les salariés et le véritable lieu d'exercice du pouvoir et de réalisation du profit.

§ 2 L'établissement

1008 Une entreprise peut comprendre plusieurs lieux, plusieurs activités. Elle peut aussi être organisée de manière plus ou moins décentralisée, et comporter plusieurs sous-structures. À certaines conditions, ces divisions peuvent être juridiquement séparées sous le nom d'« établissement », chaque établissement pouvant alors avoir ses institutions de représentation propre.

Avant de préciser la notion d'« établissement », il est nécessaire d'en bien comprendre l'enjeu.

1009 Si la jurisprudence adopte une notion ouverte, large, de la notion d'« établissement », une entreprise sera facilement reconnue comme dotée de plusieurs établissements. Si en revanche la qualification d'« établissement » est très difficile, les entreprises unitaires seront plus nombreuses.

Or, le nombre de salariés chargés d'une mission représentative est d'autant plus grand que le nombre d'établissements est important. Par exemple, un établissement de soixante salariés élit deux délégués du personnel et trois membres du comité d'entreprise (sans compter les suppléants qui sont en nombre égal aux titulaires). Dix établissements de soixante salariés éliront donc vingt délégués du personnel et trente membres de comités d'établissement (nombre nécessaire pour composer les dix comités d'établissement), soit en tout cinquante élus (pour six cents salariés). Une entreprise unitaire de six cents salariés doit seulement élire huit délégués du personnel et six membres du comité d'entreprise, soit un total plus que trois fois inférieur au précédent (sur ces chiffres, v. art. R. 423-1 C. trav. pour les délégués du personnel et l'art. R. 433-1 C. trav. pour le comité d'entreprise). Lorsqu'on sait que le nombre d'heures de délégation accordé est très largement fonction du nombre d'élus (v. n° 1120), on comprendra que la représentation du personnel est d'autant plus riche en moyens et en personnes que la division en établissement est forte.

1010 La définition de l'établissement a varié au cours du temps. La jurisprudence a longtemps considéré qu'il fallait découper en établissements en suivant la finalité propre de chaque institution représentative (Soc. 15 janvier 1970, *Usinor*, *Bull. civ.* V, n° 30 ; *JCP* 1970. II. 16315, note G. Lyon-Caen ; *Grands arrêts*, n° 124). La notion d'« établissement » pouvait alors être qualifiée de notion « fonctionnelle » : ce qui signifie simplement, pour une notion juridique, que son sens varie selon la fonction qui lui est assignée, dans tel ou tel contexte juridique. Une même entreprise pouvait alors, par exemple, être découpée en établissements pour l'élection des délégués du personnel et être unitaire pour la désignation des délégués syndicaux.

Black plaque (578,1)

Pareille finesse juridique était assez logique : il s'agissait d'interpréter la notion d'« établissement » de manière différenciée selon le but qui lui était assignée, dans la plus pure tradition du raisonnement téléologique (lequel ordonne de s'appuyer sur le but poursuivi par une règle pour l'interpréter). La solution avait cependant un inconvénient majeur, celui de la complexité.

■ 1011 Aussi la Cour de cassation a-t-elle progressivement opté pour une notion conceptuelle, c'est-à-dire pour une définition unique de l'établissement, valide dans les différents contextes de son utilisation. L'unification de la définition a été pour l'essentiel réalisée dans les années 1990 (v. Soc. 10 octobre 1990, *Bull. civ.* V, n° 446 ; *Dr. soc.* 1991. 43, obs. J. Savatier ; Soc. 20 mars 1991, *Bull. civ.* V, n° 149 ; *Dr. soc.* 1991. 700, obs. J. Savatier ; *D.* 1993. Somm. 261, obs. J. Frossard), même si quelques petites nuances semblaient encore observables au fil des arrêts (v. not. Soc. 26 mars 1999, *Bull. civ.* V, n° 239 ; *D.* 2000. 91, note A. Arseguel ; Soc. 18 décembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 429).

■ 1012 Depuis, le caractère unitaire de la définition a été réaffirmé et, surtout, la définition a légèrement évolué. Depuis un arrêt du 2 octobre 2001* c'est la définition suivante qui prévaut. L'établissement est un ensemble qui doit présenter deux caractères cumulatifs : il doit constituer « une communauté de travail ayant des intérêts propres » (A) et cette communauté doit travailler « sous la direction d'un représentant de l'employeur » (B).

Cette définition est toutefois assouplie pour que son application ne puisse en aucun cas priver des salariés de leur droit à une représentation (C). Toujours au nom de ce droit, un autre assouplissement pourrait être souhaitable : l'acceptation d'établissements placés à l'intersection de plusieurs entreprises. Mais cette solution semble actuellement rejetée par la jurisprudence (D).

A. Des intérêts propres

■ 1013 L'expression « communauté de travail » de l'arrêt du 2 octobre 2001* n'a pas d'autre sens que celui qui est explicité à sa suite. La communauté de travail est composée de salariés qui ont des « intérêts propres ». En d'autres termes, les salariés doivent avoir des « réclamations communes et spécifiques » (Soc. 29 janvier 2003, *Bull. civ.* V, n° 30 ; *Dr. soc.* 2003. 453, obs. J. Savatier ; *JCP* E 2003. 768, note F. Duquesne ; Soc. 13 juillet 2004*, à propos de délégués du personnel) ou « des revendications communes et spécifiques » (Soc. 24 avr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 141 ; *Dr. soc.* 2003. 780, obs. J. Savatier ; Soc. 27 octobre 2004, *Bull. civ.* V, n° 272, à propos de délégués syndicaux).

L'idée est donc toujours la même. Pour qu'une représentation spécifique soit organisée dans un établissement distinct, il faut qu'il y ait quelque chose de spécifique à représenter, et donc des intérêts spécifiques à défendre : des conditions de travail particulières ou une certaine distance géographique entre deux centres de travail peuvent alors suffire pour qu'une distinction des intérêts puisse être repérée. Ainsi, par exemple, si dans deux usines les salariés travaillent à de mêmes tâches, avec de mêmes statuts, mais que ces usines sont éloignées, la seule distance peut faire naître des réclamations et des revendications propres, spécifiques à chacun des lieux, comme la mise en place d'une crèche, d'un restaurant d'entreprise, de moyens de transports parce que tel site n'est pas desservi par les transports en commun, etc. Sur un même site, la séparation des activités ou des organisations du travail peut

Black plaque (579,1)

engendrer des revendications particulières, sur les conditions de travail, sur les horaires...

L'exigence d'une « communauté de travail » semble donc facile à réaliser. Reste la seconde condition.

B. Sous la direction d'un représentant de l'employeur

1014 ■ L'exigence d'un travail réalisé sous la direction d'un représentant de l'employeur est un autre élément indispensable à la qualification d'établissement. Il ne suffit pas d'avoir des intérêts spécifiques, encore faut-il avoir un interlocuteur spécifique. Pendant un certain temps, la jurisprudence a exigé que cet interlocuteur soit doté de pouvoirs propres lui permettant de satisfaire les revendications des salariés (v. Soc. 10 octobre 1990, *préc.*). Tout dépendait alors de l'existence ou non d'une délégation de pouvoir suffisante.

Une telle solution pouvait cependant produire quelques conséquences regrettables. Une entreprise de type autoritaire, très centralisée et dans laquelle les responsables de site sont de simples courroies de transmission a particulièrement besoin de contrepoids au pouvoir du dirigeant. Or, du fait même de la centralisation extrême du pouvoir, la représentation était limitée dans ce type de société, faute d'établissements distincts. En revanche, dans une société très décentralisée, où le pouvoir est davantage réparti, les contrepoids salariés étaient bien plus importants, car une telle organisation facilitait la division en établissement distinct.

Pour éviter ce type d'opposition, la jurisprudence a évolué. Désormais l'exigence d'un représentant de l'employeur est simplement l'exigence d'un interlocuteur qui dirige les salariés, même si c'est selon les instructions précises qu'il reçoit (Soc. 15 décembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 338 ; *Dr. soc.* 2005. 346-347, obs. J. Savatier). Il doit simplement être à même de transmettre à qui de droit les réclamations formulées. Le pouvoir de satisfaire ces réclamations n'est plus exigé (v. not. de manière très nette, Soc. 13 juillet 2004*, *préc.*).

C. Le nécessaire passage des seuils

1015 ■ L'organisation décentralisée d'une entreprise ne peut pas priver les salariés de représentation. Dès lors que l'entreprise dans son ensemble dépasse un seuil, l'employeur est tenu d'organiser les institutions représentatives correspondantes pour *tous* ses salariés, y compris ceux qui seraient dans des établissements qui n'atteignent pas le seuil requis. Les salariés qui appartiennent à un établissement qui n'atteint pas le seuil devront alors être rattachés à un établissement qui atteint le seuil (v. par ex. Soc. 21 mai 1986, *Bull. civ.* V, n° 224). Une autre solution consiste à regrouper deux établissements dont le nombre de salariés est insuffisant, pour en faire un qui dépasse le seuil nécessaire à la création de l'institution (v. par ex. Soc. 30 mai 2001, *Dr. soc.* 2002. 126, obs. M. Cohen).

Ce nécessaire rattachement peut produire un découpage en établissements distincts différents selon l'institution en question. Ainsi, un établissement de quinze salariés pourra être dit « établissement distinct » pour la mise en place de délégués du personnel spécifiques et être simultanément rattaché à un autre établissement pour passer le seuil de cinquante salariés nécessaire à la mise en place d'un comité d'établissement.

Dans cette mesure, la notion d'« établissement » reste une notion fonctionnelle.

Black plaque (580,1)

D. L'appartenance à une seule entreprise

1016 Un établissement est nécessairement, pour la jurisprudence, la sous-partie d'une entreprise. Il doit donc être intégré soit dans une seule personne morale, soit dans une unité économique sociale (Soc. 20 décembre 2006*). Cette solution revient à rejeter la création d'un établissement qui ferait un pont entre deux entreprises, même si ce regroupement rassemble une communauté de travail ayant des intérêts propres (ce qui était le cas dans l'espèce de l'arrêt précité, les salariés travaillant ensemble à de mêmes tâches).

1017 Cette solution doit être située par rapport au droit positif relatif au calcul des effectifs et à la confection des listes électorales (v. n°s 1044 à 1048). Les effectifs et les électeurs sont calculés non pas selon le cocontractant des salariés, mais selon leur intégration ou non au sein d'une communauté de travail. Les salariés qui travaillent ensemble sont ainsi réunis juridiquement dans les effectifs et dans l'électorat, pour peu qu'ils soient « intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle (l'entreprise) constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés » et il en va du respect de leur droit à la participation constitutionnellement garanti par le préambule de 1946 (Cons. const. 28 décembre 2006*). Sont ainsi visés les salariés mis à disposition, certains salariés de sous-traitants, de prestataires de services...

Ainsi un établissement comprend des salariés qui ne sont pas les salariés de l'entreprise de rattachement, que ce soit pour le calcul des effectifs ou pour la définition de l'électorat. Mais il ne peut être rattaché qu'à une seule entreprise. Si un comité d'établissement y est formé, il ne percevra de subsides que d'une seule entreprise, il ne sera consulté que sur les décisions d'une seule entreprise, etc.

1018 On peut ainsi comprendre la crainte de la Cour de cassation à admettre l'unicité d'un établissement regroupant une communauté de travail divisée à parts à peu près égales entre deux entreprises distinctes. Il serait alors difficile de ne pas reconnaître le rattachement de cet établissement aux deux entreprises.

En revanche, si l'établissement est principalement rattaché à une unique entreprise, pourront y être rattachés de manière accessoire les salariés qui appartiennent à cette communauté de travail. Ce rapport entre accessoire et principal semble ainsi nécessaire pour fusionner la communauté de travail, pour ne pas risquer un double rattachement de l'établissement.

1019 La solution n'en demeure pas moins discutable : le droit des salariés à la participation exige qu'une même communauté de travail soit rassemblée dans un établissement unique (v. Cons. const. 28 décembre 2006*, *préc.*).

Une compréhension fonctionnelle de l'établissement pourrait alors permettre de rendre plus compatible ce principe et la définition de l'établissement distinct. Pour créer des délégués du personnel ou un comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail, l'existence d'une communauté de travail doté d'intérêts propres serait alors suffisante pour constituer un établissement, celui-ci fût-il à cheval entre deux entreprises. Pour le délégué syndical et le comité d'entreprise, en revanche, il serait nécessaire de ne reconnaître des établissements qu'intégrés dans une entreprise : la question de l'interlocuteur est effet, alors, primordiale. C'est donc, dans ces cas, l'existence d'un représentant de l'employeur dirigeant les salariés qui serait l'essentiel.

Black plaque (581,1)

1020 Ce glissement fonctionnel n'est pas, au demeurant, totalement exclu par la Cour de cassation. L'arrêt précédemment cité, du 20 décembre 2006*, qui refuse nettement la double appartenance d'un établissement, était ainsi motivé : « pour l'exercice du droit syndical un établissement distinct ne peut être reconnu qu'au sein d'une même entreprise ou une même unité économique et sociale ». Il n'est pas certain que la solution s'impose pour d'autres institutions représentatives comme les délégués du personnel ou le CHSCT.

1021 L'utilité d'un regroupement d'unités appartenant à des entreprises distinctes est prise en compte dans l'usage d'une autre notion du droit du travail, le « site ». Mais l'usage de cette notion reste très limité.

§ 3 Le site

1022 La notion de « site » vise principalement à permettre la désignation de délégués du personnel, dans des entreprises de moins de onze salariés (seuil en deçà duquel aucune institution représentative du personnel n'est exigée). L'idée est de regrouper certaines entreprises, pour que ce seuil soit dépassé et que les salariés concernés bénéficient d'une représentation. Ce regroupement suppose que les entreprises soient localisées sur un même « site ».

1023 La direction départementale du travail peut reconnaître un site, sur son initiative ou sur celle des organisations syndicales et exiger l'organisation d'élections de délégués du personnel sur l'ensemble du site et ce à trois conditions. La première est que plus de cinquante salariés appartenant à une pluralité d'entreprises de moins de onze salariés soient concernés. La deuxième est géographique : les salariés doivent être localisés dans un même lieu. La troisième est que « la nature et l'importance des problèmes communs aux entreprises du site » justifient cette désignation (art. L. 421-1 al. 5, C. trav. ; L. 2312-5 recod.).

En revanche, aucun lien de pouvoir entre les entreprises regroupées dans un même site n'est requis : celles-ci peuvent être parfaitement indépendantes les unes des autres. Seule l'existence d'importants problèmes communs aux salariés importe. Il s'agit en quelque sorte de constater l'existence d'une sorte d'unité sociale simplifiée, sans unité économique (sur l'unité économique et sociale, v. n°s 998-1107).

1024 L'idée est de créer une représentation au bénéfice de salariés qui, sans cela, en seraient totalement dépourvus, alors même qu'un besoin d'expression collective se fait sentir. Pour dialoguer avec les délégués de site, les employeurs concernés devront alors, eux aussi, organiser leur représentation, ce que suggère l'article L. 421-1 alinéa 5 (L. 2312-5 recod.) : le texte vise « le représentant des employeurs concernés ». Mais il ne précise pas exactement comment celui-ci peut être désigné. La reconnaissance de sites est particulièrement utile pour permettre la représentation collective de salariés qui travaillent dans un même centre commercial ou sur un même chantier.

1025 La notion de « site » est encore utilisée par les règles relatives à la coordination entre entreprises distinctes en vue d'assurer le respect des règles d'hygiène et de sécurité applicables sur un même lieu de travail. Ces règles prévoient, dans les cas où la question de la sécurité est particulièrement importante, une participation des

Black plaque (582,1)

entreprises extérieures au CHSCT de l'entreprise principale (art. L. 235-1 et s. C. trav. ; L. 4531-1 et s. recod.). Sont encore prévues, en matière d'hygiène et de sécurité des règles de coordination inter-entreprises (art. R. 237-1 C. trav.), qui peuvent aller jusqu'à la création d'un collège inter-entreprises de sécurité sous la responsabilité du maître de l'ouvrage, dans les chantiers du bâtiment ou du génie civil (art. L. 235-11 C. trav. ; L. 4532-10 recod.).

§ 4 Le groupe

■ 1026 Très fréquemment, les liens entre plusieurs personnes morales sont insuffisants pour permettre la reconnaissance d'une unité économique et sociale. Mais ils n'en sont pas moins suffisamment forts pour que les décisions les plus importantes soient prises au sein d'une autre société. La recherche de l'interlocuteur qui détient le véritable pouvoir dans ou sur l'entreprise oblige alors à imaginer une structure représentative qui sorte des étroites limites de la personnalité morale.

Il existe principalement deux structures de ce type : le comité de groupe (v. n°s 977-978) et le comité d'entreprise européen (v. n°s 980-984 et s.). Ces deux structures sont dotées de fonctions limitées. Elles valent toutefois mieux qu'une absence totale de représentation des salariés au lieu d'exercice du pouvoir central.

■ 1027 Longtemps la notion de « groupe » en droit du travail était plus réaliste que celle retenue par le droit commercial, lequel se limitait essentiellement à la recherche de sociétés détenant la majorité des parts sociales d'une autre société. La plupart des voies, multiples, que peut emprunter la domination d'une société sur une autre, en pratique, étaient ainsi négligées. L'évolution importante du droit commercial a depuis permis un rapprochement des notions commercialiste et travailliste du « groupe ». La structure de la définition du groupe en droit du travail demeure cependant. L'article L. 439-1, II du Code du travail (L. 2331-1 recod.) commence par intégrer les notions commercialistes du groupe (renvois aux art. L. 233-1, L. 233-3 I et II et L. 233-16 C. com.), puis il ajoute certaines règles, propres au droit du travail, lesquelles sont devenues largement redondantes.

■ 1028 Appartiennent tout d'abord à un même groupe les sociétés mères et filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, lequel vise le cas d'une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société (hypothèse que répète l'art. L. 439-1 II al. 6 C. trav. ; L. 2331-1 II al. 5 recod.).

■ 1029 Appartiennent encore à un même groupe les sociétés contrôlées et les sociétés qui les contrôlent. Une société est dite « en contrôler » une autre lorsqu'elle dispose de la majorité des droits de vote à l'assemblé générale (art. L. 233-3 I, 1° et 2° et L. 233-16, 1° du C. com., repris par L. 439-1, II, al. 4 C. trav. ; L. 2331-1 II al. 4 recod.), ou lorsqu'elle dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (art. L. 233-3 I, 4° et L 233-16 2° C. com., art. L. 439-1, II, al. 4 C. trav. ; L. 2331-1 II al. 3 recod.). Elle est encore présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement d'au moins 40 % des droits de vote et qu'aucun actionnaire n'a une fraction des droits de vote supérieure à la sienne (art. L. 233-3 II et L. 233-16 2° C. com.).

Black plaque (583,1)

1030 À ces déterminations liées à la détention de majorités ou de quasi-majorités, est associée la recherche de la détention du pouvoir dans les faits. Et c'est ce qui fait l'intérêt et la force de la notion actuelle de « groupe ».

Tout d'abord le groupe inclut la société qui en contrôle une autre parce qu'elle « détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société » (art. L. 233-3 I, 3° C. com.). Et, dans certains cas, la détention de 10 ou 20 % des droits de vote peut suffire à déterminer les décisions dans l'assemblée générale. L'article L. 233-16, 3º du Code de commerce vise encore le cas de l'entreprise qui exerce une « influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet ». Outre les pactes et contrats divers entre actionnaires, sont ici visés tous contrats permettant une « influence dominante », une domination de fait. Un simple contrat de franchise peut alors paraître suffisant pour justifier l'intégration dans un groupe.

L'hypothèse d'un contrôle conjoint est même envisagée, un tel contrôle conjoint étant défini comme le « partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord » (art. L. 233-16, III C. com.) et un tel contrôle conjoint peut suffire à permettre l'intégration dans la notion de « groupe ».

L'article L. 439-1, II, alinéa 2 du Code du travail (L. 2331-1 II al. 1er recod.) parachève l'édifice en se contentant, pour l'inclusion dans un même groupe, de la constatation d'une « influence dominante », associée à la détention d'un minimum de 10 % du capital et de relations importantes et permanentes établissant l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

1031 Les mailles de ce filet quelque peu complexe sont suffisamment nombreuses et fines pour ne plus guère laisser passer de domination de fait, forte et durable, d'une société sur une autre, sans que ces sociétés ne soient considérées comme incluses dans un même groupe de sociétés, au sens où le droit du travail l'entend pour la constitution d'un comité de groupe. La solution est certaine dès lors qu'un minimum de 10 % du capital social d'une société est détenu par l'autre. Elle est probable même en l'absence d'une telle participation financière : l'article L. 233-16, 3º du Code de commerce se contente d'une « influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires », sans viser aucune participation financière d'une société au sein du capital de l'autre.

1032 Le principal obstacle à la constitution d'un comité de groupe du droit français est le problème du champ d'application de la loi française : celui-ci interdit d'imposer la constitution d'un comité de groupe aux sociétés entièrement soumises à une loi étrangère, celles-ci fussent-elles les sociétés mères de filiales établies en France. La recherche de l'interlocuteur doté du véritable pouvoir bloque sur les frontières du système juridique.

1033 C'est pour dépasser cette difficulté au plan de l'Union européenne, qu'a été adoptée la directive n° 94/45 du 22 octobre 1994, relative au comité d'entreprise européen, transposée en droit français par la loi du 12 novembre 1996, aux articles L. 439-6 et suivants du Code du travail (L. 2341-1 et s. recod.).

Le comité d'entreprise européen est d'abord un lieu d'information, mais dans certains cas il peut devient un lieu d'« échange de vue », de « dialogue » et donc de consultation (v. n° 984). Il doit être constitué dans les entreprises ou groupes

Black plaque (584,1)

d'entreprises « de dimension européenne ». Il est notable qu'ainsi le droit venu d'Europe assimile groupe et entreprise. La « dimension européenne » suppose une entreprise ou un groupe d'au moins mille salariés, comportant au moins deux établissements ou deux sociétés, dans deux États membres, d'au moins cent cinquante salariés chacun. La notion de « groupe » à laquelle il est ici fait référence est la même que celle utilisée pour le comité de groupe : l'article L. 439-6 du Code du travail sur le comité d'entreprise européen (L. 2341-2 recod.) renvoie expressément, à ce sujet, à l'article L. 439-1, II du Code du travail (L. 2331-1 recod.).

section 2

Seuils d'effectifs

■ 1034 La présence et l'importance des institutions représentatives du personnel dépendent de seuils d'effectifs.

Les principaux seuils pour la création d'institutions représentatives sont les seuils d'au moins onze salariés et d'au moins cinquante salariés.

Le passage du seuil de cinquante salariés permet la constitution d'un comité d'entreprise et d'un CHSCT. Le seuil d'au moins onze salariés permet l'élection d'un délégué du personnel. Ce délégué du personnel élu peut être désigné délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés le délégué syndical peut être n'importe quel salarié éligible (sur l'éligibilité v. n° 1079).

■ 1035 Les seuils sont aussi importants pour connaître le nombre d'élus. Une entreprise de moins de vingt-six salariés élira un seul délégué du personnel titulaire, une entreprise comprise entre sept cent cinquante et neuf cent quatre-vingt-dix neuf salariés en élira neuf (art. R. 423-1 C. trav.). Les trois titulaires du comité d'une entreprise de cinquante salariés seront quinze à partir de dix mille salariés (art. R. 433-1 C. trav.), etc.

■ 1036 Ils sont encore utiles pour connaître de très nombreux droits des salariés, de nature collective ou individuelle (v. par exemple, en droit du licenciement, n°s 497 et 558). Grâce à tous ces seuils d'effectifs, le droit du travail peut devenir plus ou moins précis, plus ou moins exigeant selon la taille de l'entreprise.

La solution est inévitable, certaines règles sont trop coûteuses ou trop complexes pour être imposées aux petites ou aux très petites entreprises. Mais l'utilisation de seuils pose certains problèmes, le passage d'un seuil produisant parfois un changement relativement important de droit applicable, ce qui peut avoir des effets dissuasifs sur l'embauche (on parle alors d'« effet de seuil »). Ils produisent une certaine multiplication des personnes morales, dans l'objectif d'éviter le passage des seuils.

■ 1037 Pour savoir quelle sont les règles applicables à une entreprise, il faut donc savoir si elle dépasse certains seuils d'effectif.

Pour ce faire, il faut tout d'abord savoir compter ses salariés à un instant donné (§ 1). Cette question est la principale : elle est notamment la seule qui se pose pour savoir le nombre de siège à pourvoir lors d'une élection.

Black plaque (585,1)

Mais elle ne suffit pas à répondre à deux questions qui tiennent à la création ou à la destruction d'une institution représentative du fait du franchissement d'un seuil. Le seul passage du seuil d'effectif à un instant donné ne peut suffire. Les entreprises qui oscillent autour d'un seuil d'effectif seraient alors constamment en train de créer, puis de détruire, puis de créer une institution représentative du personnel. Un certain lissage s'impose. Celui-ci est réalisé de manière différente s'il s'agit de créer pour la première fois une institution représentative du fait du passage au-dessus du seuil (§ 2) ou s'il s'agit de détruire cette institution du fait d'un passage au-dessous du seuil (§ 3).

§ 1 Le calcul de l'effectif

1038 Le calcul des seuils se fait pour tous les seuils du droit du travail suivant les règles précisées à l'article L. 620-10 du Code du travail (L. 1111-2 recod.).

1039 Chaque salarié en contrat de travail à durée indéterminée à temps plein au jour du calcul compte pour un. On compte de la même manière les travailleurs à domicile, vu que pour ces travailleurs il est toujours difficile de savoir s'ils sont à temps plein ou à temps partiel.

1040 Les salariés en contrat de travail à durée déterminée sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise en proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents. Si le calcul a lieu en septembre, on regarde le temps passé par un salarié à durée déterminée dans l'entreprise au cours des douze mois précédents (entre septembre de l'année précédente et août de cette année). On divise ce temps, calculé en jours, par 365. Et l'on obtient le chiffre qui sera compté dans l'effectif. Un salarié à durée déterminée présent quarante jours lors des douze mois précédents comptera pour 40/365 = 0,11. Il faudra donc un peu moins de dix salariés de ce type pour que l'on ajoute une unité aux effectifs considérés.

Toutefois ces salariés à durée déterminée sont exclus du décompte des effectifs lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou en congé. La disposition est logique : le salarié absent est lui pleinement compté dans les effectifs.

1041 Les salariés à temps partiel sont pris en compte en divisant leur durée du travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail. Un salarié à mi-temps vaut 1/2, un salarié à tiers temps 1/3...

Seule compte la durée contractuelle. Les heures complémentaires ne sont pas prises en compte. Mais on rappellera que, si celles-ci sont régulières, elles modifient la durée contractuelle du travail (v. n° 287).

Ce calcul appliqué au travailleur à temps partiel est exclusif du calcul opéré pour les contrats de travail à durée déterminée. Les salariés à durée déterminée *et* à temps partiel sont donc comptés comme s'ils avaient des contrats à durée indéterminée : le mode de calcul appliqué aux salariés à temps partiel est valable quelque soit le type de contrat de ces salariés.

1042 Le chef d'entreprise, s'il est salarié, compte pour un. De même les salariés qui le représentent directement. Et ce même si le chef d'entreprise et ses représentants directs ne sont pas électeurs (Soc. 26 septembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 285 ; *Dr. soc.*

2002. 1080, note F. Duquesne). Cette solution apparaît logique, leur présence étant bien un signe de la taille de l'entreprise.

■ 1043 Certains salariés sont exclus du calcul des effectifs. C'est le cas des apprentis (art. L. 117-11-1 C. trav. ; L. 1111-3 recod.) des salariés liés par des contrats de professionnalisation (art. L. 981-8 C. trav. ; L. 1111-3 recod.) et par quelques autres contrats aidés. Une ordonnance du 2 août 2005 avait même prévu d'exclure tous les salariés de moins de vingt-six ans. Par un arrêt du 18 janvier 2007, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé cette exclusion contraire à la directive 2002/14/CE, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs (CJCE 18 janvier 2007, aff. C-385/05, *JO* C 56 du 10 mars 2007, p. 9).

Cette condamnation, surtout lorsqu'on la place au côté de la condamnation des discriminations en fonction de l'âge (CJCE 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, étudié au n° 170), pourrait sonner le glas de ces très discutables exclusions des effectifs.

■ 1044 La principale difficulté d'interprétation de l'article L. 620-10 du Code du travail (L. 1111-2 recod.) porte sur la mention des salariés « mis à disposition » dans l'entreprise. C'est sur cette mention que porte la question de savoir dans quelle mesure des travailleurs d'une autre entreprise, mais qui sont intégrés dans la collectivité de travail, peuvent entrer dans les effectifs.

■ 1045 Pendant un temps la jurisprudence a réservé cette qualification aux seuls salariés subordonnés au chef de l'entreprise dont il s'agissait de compter les effectifs (v. par ex. Soc. 21 mai 1986, *Bull. civ.* V, n° 234). Puis elle a abandonné cette exigence (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 1333 ; *Dr. soc.* 2000. 197 note C. Roy-Loustaunau) et inclus dans les effectifs tous les salariés qui « participent au processus de travail de l'entreprise qui les occupe » (Soc. 27 novembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 364, *adde*, Soc. 29 mai 2002, *Bull. civ.* V, n° 183). La Cour de cassation a encore précisé, qu'il s'agissait plus précisément de ceux qui « participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice », ce qui permettait d'intégrer aux effectifs d'une usine automobile les salariés des sous-traitants travaillant au nettoyage des locaux, et d'autres prestataires de services ne relevant pas de l'activité principale de l'entreprise (Soc. 26 mai 2004, *Renault**).

■ 1046 Cette jurisprudence tend à réunifier la véritable collectivité de travail, telle qu'elle est vécue, et à dépasser les frontières juridiques multiples qui séparent aujourd'hui, souvent, les salariés. Il est devenu presque banal de travailler quotidiennement aux côtés et même avec des salariés qui ont, sur le papier, un autre employeur.

L'intégration de ces salariés au décompte des effectifs, leur permet aussi de devenir électeurs et éligibles (v. n°s 1073-1074). Cette évolution jurisprudentielle est d'une grande importance dans l'histoire du dépassement des frontières factices qui divisent les entreprises et séparent les salariés de leurs véritables interlocuteurs.

■ 1047 Cette importance n'a pas échappé au législateur qui, à deux reprises, a tenté de la contrecarrer et d'exclure des effectifs et de l'électorat les salariés intervenant dans l'entreprise en exécution d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services. Mais à deux reprises, le Conseil constitutionnel a invalidé cette tentative de retour en arrière. La première fois, le 30 mars 2006 (2006-535 DC), il a simplement invalidé la disposition légale en ce qu'elle était dépourvue de tout lien avec le projet de loi. La

Black plaque (587,1)

seconde fois a été d'une tout autre portée. Par sa décision du 28 décembre 2006* le Conseil constitutionnel a condamné la tentative du législateur au nom de la violation qui en résulterait du droit des salariés à la participation que garantit le huitième alinéa du préambule de 1946. Selon le point 29 de cette décision du Conseil constitutionnel, « le droit de participer "par l'intermédiaire de leurs délégués" à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ».

1048 Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de cette décision. Le critère de l'intégration « étroite et permanente » retenu par le Conseil constitutionnel semble plus restrictif que celui de la jurisprudence de la chambre sociale, ce qui laisse une marge de régression possible au législateur.

De plus, la chambre sociale a montré que sa jurisprudence ne devait pas s'interpréter comme l'intégration de tous les travailleurs des sous-traitants et prestataires de services, ce qui à l'évidence serait excessif. Les salariés d'une entreprise de transport sous-traitante de la société Chronopost ont ainsi été exclus des effectifs de cette société (Soc. 15 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 72 ; *JCP* S 2006. 1477, note P. Morvan ; *RDT* 2006. 41 note E. Peskine). Sans aller jusqu'à l'étroite et permanente intégration du Conseil constitutionnel, sans doute le décompte dans les effectifs doit-il supposer une certaine intégration dans une communauté de travail. Cette unité devrait même, en bonne logique, être l'appartenance à cette « communauté de travail ayant des intérêts propres » qui caractérise la notion d'« établissement » (Soc. 2 octobre 2001, v. document, chapitre 26 ; et v. n° 1013).

§ 2 Le passage d'un seuil de création

1049 Il ne suffit pas qu'une entreprise passe le seuil pendant quelques semaines pour que la mise en place d'une institution représentative devienne impérative. Une certaine durabilité est requise. Le seuil doit avoir été franchi pendant douze mois consécutifs ou non, au cours des trois années précédant la désignation (art. L. 236-1 ; L. 412-11 ; L. 421-1 et L. 431-1 C. trav. ; L. 4611-1 ; L. 2143-3 ; L. 2312-3 et L. 2322-2 recod. : articles qui recopient tous la même règle et qui sont relatifs, dans l'ordre, au délégué syndical, aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au CHSCT).

Le calcul des effectifs doit donc être réalisé mois par mois, au cours des trois années précédentes, pour savoir si douze de ces mois ont dépassé le seuil requis. Si tel a été le cas l'organisation d'élection de délégués du personnel ou d'un comité d'entreprise est requise, et la désignation d'un délégué syndical devient possible.

§ 3 Le passage d'un seuil de destruction

1050 La destruction d'une institution représentative du fait du passage en dessous d'un seuil n'est possible qu'une fois la durabilité de ce passage attestée.

Les règles sont alors différentes selon l'institution considérée.

Black plaque (588,1)

1051 Les délégués du personnel finissent leur mandat quoiqu'il arrive. À l'expiration de ce mandat, l'institution n'est pas renouvelée si les effectifs de l'établissement sont restés en dessous de onze salariés pendant au moins douze mois (art. L. 2312-3 recod.). Il s'agit, cette fois, de mois consécutifs.

1052 S'agissant du comité d'entreprise et des délégués syndicaux, la règle est légèrement différente. En cas de passage en dessous des effectifs requis, la suppression peut avoir lieu en cas d'improbable accord entre l'employeur et toutes les organisations syndicales représentatives. Sinon, l'autorité administrative peut décider, en cas de réduction « importante et durable » de l'effectif, de la suppression de l'institution (art. L. 412-15 ; L. 431-3 C. trav. ; L. 2143-11, L. 2322-7 recod.). Aucune règle spécifique n'est prévue pour le CHSCT, mais ont peut penser que le directeur du travail peut ordonner qu'il suive alors le sort du comité d'entreprise. Il ne s'agit cependant que d'une faculté, l'autorité administrative ayant toujours la possibilité d'imposer un CHSCT en dessous du sein de cinquante salariés si celui-ci apparaît nécessaire, notamment en raison de la nature des travaux, de l'agencement ou de l'équipement des locaux (les art. L 236-1 al. 3 C. trav. et L. 4611-4 recod. donnent à l'inspecteur du travail le pouvoir d'imposer dans ces hypothèses la création d'un CHSCT, *a fortiori*, le directeur départemental du travail doit pouvoir, pour les mêmes motifs, en refuser la destruction).

section 3

Élections au suffrage direct

1053 Les membres élus du comité d'entreprise, les délégués du personnel et donc les élus de la délégation unique du personnel sont élus par les salariés de l'entreprise ou de l'établissement concerné au suffrage direct.

1054 Depuis la loi du 2 août 2005, les élections ont lieu tous les quatre ans. Le mandat des membres du comité d'entreprise a alors été multiplié par deux (avant la loi, il était de deux ans). Le mandat des délégués du personnel a lui été multiplié par quatre en un peu plus de dix ans (il était d'un an avant 1993). L'intérêt pour les employeurs de cet allongement des mandats est clair. Le coût des élections est ainsi réduit. Le gain peut cependant apparaître léger, ce coût n'étant pas exorbitant. L'intérêt pour les élus, qui ont gagné en stabilité, mais qui perdent en proximité est très discutable. La raréfaction des élections est surtout une atteinte portée à la qualité de la représentation et donc à la qualité de la démocratie dans l'entreprise. De plus, il n'appartient pas, en principe, aux conventions collectives de modifier cette durée. La seule exception à cet ordre public absolu est la faculté réservée par l'article 96, VIII de la loi du 2 août 2005 précitée pour un accord de branche, de groupe ou d'entreprise, de réduire cette durée, jusqu'à deux ans (art. L. 2314-27 et L. 2324-25 recod.).

1055 Les élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel se font selon des principes identiques, même si les règles sont répétées au sein de chapitres différents du Code actuel (art. L. 423-2 et s. et L. 433-2 et s. C. trav.), comme de la recodification (art. L. 2314-2 et s. recod. pour les délégués du personnel ;

Black plaque (589,1)

L. 2324-3 et s. pour le comité d'entreprise). Ces règles valent pour l'élection des membres de la « délégation unique », lesquels sont des délégués du personnel.

Le processus électoral suit une procédure assez précise.

§ 1 Initiative et carence

1056 L'employeur doit prendre l'initiative. Si aucune liste de candidats n'est présentée à la suite de cette initiative, l'employeur pourra dresser un constat de carence, qui sera affiché dans l'entreprise et transmis à l'inspecteur du travail (art. L. 423-18 al. 5 et L. 433-13 al. 5 trav. ; L. 2314-5 et L. 2324-8 recod.). À cette condition seulement l'absence d'institution représentative ne lui sera pas imputable.

Les syndicats n'ont pas le pouvoir d'organiser eux-mêmes l'élection. Ils peuvent simplement la demander à l'employeur. En cas de refus ou d'immobilisme de celui-ci, les syndicats pourront demander au juge des référés d'ordonner sous astreinte cette organisation (Soc. 9 novembre 2005, *Bull. civ.* V, n° 317).

1057 En revanche, l'employeur pourra être condamné pour entrave à défaut d'initiative de sa part et s'il est dans l'incapacité de produire un constat de carence en bonne et due forme. Il sera surtout privé de la possibilité d'invoquer l'absence de représentants du personnel pour justifier de l'absence de consultation de ces représentants. Il s'expose ainsi à l'ensemble des sanctions civiles prévues en cas de violation des obligations de consultation des institutions représentatives du personnel (v. n°s 894-903).

§ 2 Protocole préélectoral

1058 La première étape d'un processus électoral consiste à négocier un protocole préélectoral. Cette négociation est obligatoire et l'employeur doit en prendre l'initiative (art. L. 423-18 ; L. 433-13 C. trav. ; L. 2314-3 et L. 2324-4 recod.).

1059 Selon ces textes, toutes les organisations syndicales représentatives « intéressées » doivent être conviées. Ces organisations syndicales sont celles implantées dans l'entreprise, mais aussi toutes celles qui sont représentatives au niveau national, même si elles n'ont aucun adhérent dans l'entreprise (Soc. 4 juillet. 1990, *Bull. civ.* V, n° 351, *D.* 1992. Somm. 286, obs. G. Borenfreund ; Soc. 4 février. 1997, *Bull. civ.* V, n° 50 ; *Dr. soc.* 1997. 434, obs. G. Couturier ; Soc. 1er avril. 1998, *Bull. civ.* V, n° 195 ; *Dr. soc.* 1998. 724, obs. G. Couturier). Cette jurisprudence compréhensive se justifie par la recherche d'une meilleure effectivité des règles sur la mise en place des institutions représentatives élues. Trop souvent, dans les entreprises qui dépassent le seuil requis, le processus électoral fini par un constat de carence. L'idée est d'informer du processus électoral les syndicats susceptibles de trouver des candidats.

En pratique, lorsqu'un délégué syndical a été désigné, il est le récipiendaire de l'invitation. En l'absence d'un tel délégué, la jurisprudence est relativement souple : l'employeur pourra choisir d'envoyer son invitation aux syndicats de branche, à la fédération d'industrie voire même, éventuellement, à la confédération (Ass. plén. 5 juillet 2002, *Cogetom*, *Bull. Ass. plén.*, n° 2 ; *Grands arrêts*, n° 131). La transmission de l'invitation aux syndicalistes susceptibles d'être intéressés est ainsi laissée à la diligence des organisations syndicales elles-mêmes. Ce qui apparaît logique.

Black plaque (590,1)

L'employeur devra simplement ne pas omettre d'inviter le syndicat représentatif dont il sait qu'il est implanté dans l'entreprise, même s'il n'a pas désigné de délégué dans l'établissement où la négociation doit avoir lieu (Soc. 15 février 2006, *Bull. civ.* V, n° 70 ; *RDT* 2006. 189-190, obs. G. Borenfreund).

■ 1060 Si l'employeur a omis d'organiser la négociation de l'accord préélectoral, ou s'il a simplement omis d'inviter une organisation syndicale représentative à la négociation, les élections sont nulles (Soc. 1er avril 1998, *Bull. civ.* V, n° 195 ; *Dr. soc.* 1998. 724, obs. G. Couturier).

■ 1061 La négociation préélectorale est en principe soumise au droit commun de la négociation collective (v. Soc. 12 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 52 et sur le droit de la négociation collective, v. le titre 8, n° 703 et s.). Une exception toutefois, mais elle est de taille : pour être valide, l'accord préélectoral doit être unanime.

Cette solution semble inévitable : il est nécessaire d'interdire à certains syndicats de s'entendre avec l'employeur sur le dos d'autres syndicats. Elle peut cependant conduire à certains blocages. Plusieurs règles légales ou jurisprudentielles, ont été mises en place pour les éviter.

■ 1062 En l'absence d'accord unanime, certains des grands objets de la négociation préélectorale peuvent être fixés par le directeur départemental du travail : la division en établissement (art. L. 423-3 al. 3 et R. 423-3-1 ; L. 433-2 al. 7 et R. 433-2-1 C. trav. ; L 2314-11 et L. 2324-13 recod.), la répartition du personnel dans les différents collèges et celle des sièges entre les différents collèges (art. L. 423-4 et R. 423-4-1 C. trav. ; L. 433-2 al. 6 et R. 433-2-1 C. trav. ; L. 2314-31 et L. 2324-13 recod.).

■ 1063 La jurisprudence a aussi décidé qu'un accord préélectoral non unanime peut servir de référence pour l'organisation des élections tant qu'un syndicat non signataire n'a pas demandé aux juges de statuer les points débattus (Soc. 28 octobre 1997, *Quenouiller*, *Bull. civ.* V, n° 350). En l'absence d'action en justice, l'accord vaut. En présence d'une telle action, les élections ne peuvent suivre le contenu de l'accord (Soc. 3 février 1998, *Bull. civ.* V, n° 61) et c'est le juge qui tranchera sur les points en désaccord.

■ 1064 La jurisprudence a, enfin, donné une interprétation relativement restrictive de l'objet de l'accord préélectoral, ce qui revient à réduire les points sur lesquels l'unanimité est requise : elle considère que la répartition des sièges entre collèges pouvait être adoptée par un accord collectif de droit commun (Soc. 12 juin 2002, *Bull. civ.* V, n° 203 ; *Dr. soc.* 2002. 1161, obs. M. Cohen). Avec cette solution, il devient difficile de toujours fixer précisément les contours du contenu devant faire l'objet d'un accord unanime. Demeurent cependant clairement de l'objet d'un accord préélectoral, la division de l'entreprise en établissements, les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, comme la date, le lieu, l'impression des bulletins, le vote électronique, par correspondance, etc., la répartition du personnel entre les collèges et la répartition des sièges entre les collèges.

Black plaque (591,1)

§ 3 Électeurs et candidats

Pour fixer les listes d'électeurs et de candidats, il ne suffit pas de savoir qui peut être électeur (B) ou éligible (C), il faut encore, préalablement, diviser le personnel en collèges électoraux distincts (A). 1065

A. Division des électeurs et des candidats : les collèges électoraux

Les électeurs et les sièges sont répartis entre plusieurs collèges électoraux. L'idée est de donner une représentation aux salariés des catégories élevées, pour défendre leurs intérêts particuliers. Ces catégories supérieures, aux effectifs limités, risqueraient d'être privées de toute représentation pour la défense de leurs intérêts en cas de collège unique. La division en collège a donc une utilité incontestable. 1066

Cependant, cette division a un champ très général. Elle s'applique sans que soit pris en compte le nombre de salariés des catégories supérieures. Ce qui peut conduire à une forte sur-représentation des catégories les plus élevées. 1067

Ainsi, par exemple, dans une entreprise de soixante-cinq salariés, sur les trois élus représentants les salariés, un au moins doit appartenir au deuxième collège (celui des catégories de salariés plus élevées). Or il se peut fort bien que, dans cette entreprise, il n'y ait que cinq salariés de cette catégorie (ce n'est pas un cas d'école). Pour être élu, un candidat du deuxième collège n'a besoin que de trois voix (et encore, si tous votent). Pour les deux autres élus salariés il en faudra en principe presque dix fois plus de voix. Si l'on ajoute à cela que l'élu de la catégorie supérieure est assez proche de l'employeur et qu'il est le plus vieux des élus, il pourra être élu secrétaire du comité d'entreprise (le chef d'entreprise vote, et en cas d'égalité des voix le salarié le plus âgé l'emporte : v. n°s 867-869). Alors, le secrétaire du comité n'aura reçu que trois suffrages parmi les soixante-cinq salariés. Les règles de la démocratie dans l'entreprise donnent parfois des résultats très originaux. 1068

Sans toujours être aussi caricaturale, la sur-représentation des catégories de salariés les plus élevées, lesquelles sont aussi souvent celles qui entretiennent le plus de proximité avec l'employeur, apparaît parfois excessive. Ce qui pourrait poser quelques difficultés de type juridique.

L'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.) ne prohibe pas les discriminations faites en fonction de la position sociale, mais la Convention européenne des droits de l'homme (art. 14) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2) prohibent le critère de la « fortune ». Un suffrage censitaire serait à l'évidence interdit par ces textes. La séparation des collèges pourrait peut-être, dans les cas les plus graves, être contestée sur ce fondement. 1069

En principe, il y a deux collèges, l'un pour les ouvriers et employés, l'autre pour les ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés (art. L. 423-2 et L. 433-2 al. 1er C. trav. ; L. 2314-8 ; L. 2324-11 C. trav.). 1070

Par exception, il n'y a qu'un seul collège dans les établissements qui élisent un seul délégué du personnel, soit ceux qui ont moins de vingt-six salariés (art. L. 423-

6 C. trav. ; L. 2314-9 recod.). L'exception vers l'unité des collèges est donc on ne peut plus limitée.

1071 En revanche, pour les élections au comité d'entreprise, il faut assez fréquemment constituer trois collèges. Ce troisième collège est réservé aux ingénieurs, chefs de service et cadres. Il est généralement visé comme le collège des « cadres » ou des « cadres et assimilés ». Il est obligatoire, pour les élections au comité d'entreprise, lorsque les salariés de ces catégories sont au moins vingt-cinq dans l'entreprise (art. L. 433-2 al. 4 C. trav. ; L. 2324-11 al. 5 recod.). Cette règle qui ordonne un collège spécial pour vingt-cinq salariés pourra être discutée lorsque, dans les autres collèges, il faut des centaines de voix pour être élu. Elle est pourtant d'ordre public absolu : il est interdit à l'accord préélectoral, même unanime, d'y déroger (Soc. 13 octobre 2004, *Bull. civ.* V, n° 258 ; *Dr. soc.* 2005. 111, obs. J. Savatier). En revanche, rien n'interdit de créer un quatrième collège, réservé aux cadres supérieurs.

1072 Dans les entreprises de plus de cinq cents salariés, lorsque le troisième collège (des cadres) compte moins de vingt-cinq personnes, un élu du deuxième collège doit impérativement être un cadre. Le deuxième collège ne peut donc réserver ses voix aux simples techniciens et la représentation des cadres est ainsi assurée.

1073 Le nombre de collèges est donc légalement réglementé. En revanche, la loi ne dit pas comment les sièges à pourvoir doivent être répartis entre les collèges. Il faut alors s'en remettre à l'accord préélectoral ou, à défaut, au directeur départemental du travail. Lorsqu'il y a suffisamment de sièges à pourvoir, ce peut être l'occasion de rétablir une certaine proportionnalité entre les collèges.

B. Les électeurs

1074 Tous les salariés travaillant dans l'entreprise âgés de seize ans et ayant une ancienneté de plus de trois mois sont électeurs (art. L. 423-7 et L. 433-4 C. trav. ; L. 2314-15 et L. 2324-14 recod.). Il est ainsi possible d'être électeur aux élections professionnelles avant d'être électeur aux élections politiques. Qui est assez vieux pour travailler est assez vieux pour voter.

1075 La principale difficulté a été de déterminer quels sont les salariés « travaillant dans l'entreprise » dont parlent les textes susvisés. L'idée est de représenter la collectivité de travail. Il a été décidé de passer outre les différences de statuts et même d'employeur, pour intégrer comme électeur les travailleurs mis à disposition (Soc. 23 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 182 ; *RDT* 2006. 258, obs. E. Peskine), et plus généralement tous les salariés qui sont « intégrés dans la communauté des travailleurs » (Soc. 30 avril 2003, *BHV**, qui permet aux démonstrateurs dans les grands magasins d'être électeur sur leur lieu de travail). Cette ouverture de l'électorat aux salariés intégrés dans la communauté de travail, quoique non salariés de l'entreprise, est aujourd'hui reconnue de valeur constitutionnelle depuis une décision du 28 décembre 2006* (sur cette décision, v. n°s 1047-1048).

1076 Cette valeur constitutionnelle ne permet pas l'intégration sans limites. le Conseil constitutionnel a reconnu que le législateur pouvait envisager certaines limitations pour restreindre les cas de double vote. Suivant cette idée, la Cour de cassation exclut les travailleurs temporaires de l'électorat dans l'entreprise d'accueil (Soc. 28 février

Black plaque (593,1)

2007, pourvoi n° 06-60171, *Bull. civ.* V, n° 34). L'argument qui soutient cette solution est tiré des articles L. 423-9, L. 423-10, L. 433-6 et L. 433-7 du Code du travail (L. 2314-17, L. 2314-18, L. 2324-16 et L. 2324-17 recod.), lesquels organisent l'électorat des travailleurs temporaires au sein des entreprises de travail temporaire. La Cour a considéré que leur intégration comme électeur dans l'entreprise utilisatrice leur donnerait un double droit vote et qu'un tel avantage devait être exclu.

Ce choix est discutable. Les travailleurs temporaires sont incontestablement des salariés « travaillant dans l'entreprise » utilisatrice. Et aucune disposition légale ne vient prohiber un double rattachement, celui-ci fut-il l'occasion d'exercer un double droit de vote. Ce petit avantage particulier accordé à des salariés précaires et trop souvent isolés ne serait pas particulièrement choquant.

1077 Une autre exclusion de la qualité d'électeur est, elle, bien plus logique. Même salariés et inclus dans les effectifs, le chef d'entreprise et les cadres représentant l'employeur à l'égard du personnel ne sont pas électeurs. Cette exclusion est générale et d'ordre public absolu (Soc. 5 avril 1995, pourvoi n° 94-60296). Elle s'impose au vu de la fonction des institutions représentatives du personnel : elles sont des contrepoids placés par le législateur en face du pouvoir du chef d'entreprise, pour tempérer un peu ce pouvoir.

1078 La confection des listes électorales peut être l'occasion de toutes sortes de fraudes, la principale difficulté étant de répartir les salariés selon les collèges. Pour limiter les risques de manipulation, cette répartition doit être faite au sein de l'accord préélectoral. À défaut, elle est établie par le directeur départemental du travail. Ce n'est qu'une fois cette répartition établie que l'employeur peut arrêter les listes électorales.

C. Les candidats

1079 Pour être éligibles, il faut non seulement remplir les conditions pour être électeur, mais il faut en outre être âgé de dix-huit ans révolus et avoir au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise (art. L. 423-8 et L. 433-5 C. trav. ; L. 2314-16 et L. 2324-15 recod.). Sont encore exclus de l'éligibilité, pour des raisons assez évidentes, les conjoints, ascendants, descendants, frères, sœurs et alliés au même degré du chef d'entreprise (v. les *art. préc.*).

En revanche, être détenteur d'un mandat n'interdit pas d'être éligible à un autre mandat : le cumul des mandats est licite et fréquent dans les entreprises. Cette situation peut présenter l'inconvénient de voir certains salariés dotés de plusieurs casquettes devenir des quasi-permanents de la représentation, au risque de perdre un peu le contact avec la base. Mais la solution est nécessaire, dans un contexte où les candidatures sont souvent rares, du fait notamment des pressions qui peuvent être exercées sur les élus du personnel.

1080 Au premier tour, les syndicats représentatifs ont le monopole de la présentation des listes de candidats. Ces listes peuvent être incomplètes. Il est cependant nécessaire de présenter deux listes, l'une pour les titulaires, l'autre pour les suppléants.

1081 Un second tour doit être organisé dans trois cas :

– le premier cas vise l'hypothèse dans laquelle le nombre de votants du premier tour est inférieur à la moitié des électeurs inscrits (quorum). Ces « votants » dont parle le texte ont été interprétés de manière restrictive mais logique par la Cour de

cassation comme étant les seuls suffrages exprimés : les bulletins blancs ou nul ne sont donc pas pris en compte pour vérifier si le quorum a été atteint ;

– le deuxième vise l'hypothèse dans laquelle tous les sièges n'ont pas été pourvus, par exemple du fait de la carence du nombre de candidats ;

– le troisième découle du précédent : le deuxième tour doit être organisé en cas d'absence de candidatures syndicales au premier tour.

■ 1082 Lors du deuxième tour, les candidatures sont libres : tout salarié éligible peut se présenter sans avoir été désigné par un syndicat représentatif.

Cette solution présente un danger. Les élus dépourvus d'appartenance syndicale seront vite démunis, faute de pouvoir s'appuyer sur l'expertise et le soutien d'un syndicat. Faute de formation syndicale, ils sont souvent ignorants de leurs droits élémentaires. Privés de l'appui d'une base syndicale, ils seront souvent trop faibles pour tenir tête à l'employeur. Pour ces raisons, les élus non syndicaux exercent généralement leurs fonctions représentatives d'une manière partielle.

■ 1083 Le législateur a tenté d'imposer dans la confection des listes une règle équivalente à la parité exigée dans les élections politiques : la proportion d'hommes et de femmes présents dans chaque collège aurait dû être respectée lors de la confection des listes électorales (loi du 23 mars 2006).

Cette solution a cependant été jugée inconstitutionnelle, comme contraire au principe d'égalité (Cons. const. 16 mars 2006, 2006-533 DC). Cette décision est le signe de la grande frilosité du Conseil constitutionnel français dans la mise en place de discriminations positives (v. n°s 168-170). Elle peut cependant se justifier par la difficulté de trouver des candidats aux élections professionnelles.

§ 4 Détermination des élus : le scrutin

■ 1084 Le vote a lieu au scrutin secret, sous enveloppe fermée, ou par vote électronique si un accord d'entreprise le prévoit (art. L. 433-9 al. 1er et L. 423-13 al. 1er C. trav. ; L. 2324-19 et L. 2314-21 recod.). Il a lieu pendant le temps de travail (art. L. 433-9 al. 2 et L. 423-13 al. 2 C. trav. ; L. 2314-22 et L. 2324-20 recod.).

■ 1085 Le mode de scrutin est une *représentation proportionnelle à la plus forte moyenne* (art. L. 423- 14 ; L. 433-10 C. trav. ; L. 2314-24 et L. 2324-22 recod.). Il s'agit d'un mode de scrutin qui favorise l'éparpillement des candidatures et la division syndicale. Il n'est pas pour rien dans l'extrême division actuelle du paysage syndical français.

Le calcul impliqué par ce mode de scrutin est détaillé aux articles R. 433-3 et R. 423-2 du Code du travail. Il se fait par collège, séparément pour les titulaires et pour les suppléants.

■ 1086 Il est nécessaire, dans un premier temps de calculer le quotient électoral, lequel est égal à la division du nombre de suffrages exprimés par le nombre de sièges à pourvoir. Par exemple, dans un établissement de cent quatre-vingt salariés, six délégués du personnel titulaires doivent être élus (art. R. 423-1 C. trav.). Si cent quarante suffrages ont été valablement exprimés, le quotient électoral est alors de 140/6 = 23,33. Il est ensuite attribué à chaque liste autant de sièges que son nombre de voix contient le quotient électoral. Dans l'exemple précédent, une liste qui a recueilli cent voix se verra attribuer quatre sièges (dans 100, il y a 4 fois 23,33). La liste

Black plaque (595,1)

qui a obtenu le reste des voix, 40, se verra attribuer 1 siège (dans 40, il y a une fois 23,33).

1087 Ce mode de calcul achevé, il reste en principe un ou plusieurs sièges à pourvoir. Dans l'exemple précédent, il en reste un. La répartition se fait alors à la plus forte moyenne. Ce qui consiste à accorder *virtuellement* à chaque liste un siège supplémentaire. On divise alors le nombre de voix obtenues par la liste par le nombre total de sièges obtenus, le siège virtuel étant ajouté. Par exemple, pour la liste qui a déjà obtenu 4 sièges, se voit attribuer un cinquième siège virtuel. On divise alors son total de voix par le nombre de siège ainsi virtuellement totalise : 140/5 = 28. Ce nombre est la « moyenne » qu'aurait la liste avec un siège de plus. On procède de même avec l'autre liste : 40/2 = 20. Elle obtient donc une moyenne, avec un siège supplémentaire, de 20. On attribue alors un siège à la liste qui a la plus forte moyenne. Dans l'exemple, il s'agit de la liste qui avait obtenu 4 sièges : c'est donc elle qui obtiendra le dernier siège. Les résultats définitifs seront alors de 5 sièges pour cette liste et un pour l'autre liste.

S'il reste encore des sièges à pourvoir, on recommence. On ajoute encore un siège virtuel par liste en plus des sièges déjà obtenus, etc.

1088 Cette méthode favorise les grandes listes comparativement à la méthode dite « du plus fort reste », (utilisée pour répartir les sièges entre syndicats dans les comités d'entreprise européens, v. n° 1112). Le reste d'une liste est obtenu en soustrayant à son total de voix le produit du quotient électoral par le nombre de sièges accordés. Dans notre exemple, la liste qui avait obtenu 4 sièges dès le départ, a un reste calculé ainsi : 100-(23,33x4)=6,68. Alors que la petite liste a un reste de 40-23,33 = 16,67. Ce serait elle qui aurait alors gagné le dernier siège, son reste étant le plus important.

1089 Les ratures sont autorisées. Elles consistent à rayer sur un bulletin le nom d'un ou plusieurs candidats de la liste. Elles ne comptent pas pour déterminer le nombre de sièges attribués à une liste, mais elles comptent pour déterminer qui, dans cette liste, est élu. Un candidat rayé pourra ainsi être éliminé au profit d'un autre candidat de la même liste. Ces rayures ne sont cependant prises en compte que si le nom a été rayé par 10 % au moins des suffrages exprimés en faveur de la liste.

Cette limitation est indispensable pour éviter les rayures tactiques qui visent à « décapiter » les listes adverses, c'est-à-dire à exclure les principaux leaders adverses. En l'absence du seuil de 10 %, il suffirait à un défenseur d'une liste adverse de voter pour la liste qu'il entend « décapiter » en rayant ses principaux leaders, lesquels se retrouveraient ainsi avec une voix en moins que les autres candidats de leur liste Avec le seuil de 10 %, cette tactique ne peut plus fonctionner : elle devrait être suivie par un grand nombre d'électeurs, ce qui augmente le nombre de voix en faveur de la liste adverse et donc son nombre de siège... Les rayures expriment bien alors les préférences des électeurs favorables à une liste, parmi les candidats de cette liste.

§ 5 Contestations

1090 Les contestations sur l'organisation des élections ou sur les résultats de celles-ci sont de la compétence du tribunal d'instance qui statue selon une procédure spéciale, simplifiée et très rapide, en premier et dernier ressort (art. R. 423-3 et R. 433-4 C. trav.).

Black plaque (596,1)

Il s'agit de ne pas priver les salariés de représentation pendant la durée d'une procédure qui suspendrait longtemps la tenue des élections (cas de l'action anticipée). Mais il s'agit aussi ne pas fragiliser des élus : il leur serait en effet difficile d'exercer pleinement leurs fonctions pendant qu'une procédure attaquant leur élection est en cours (cas de l'action qui suit l'élection).

1091 L'action en justice peut être exercée, par simple déclaration au secrétariat-greffe du tribunal d'instance. Cette déclaration doit avoir lieu dans les *trois jours* qui suivent la publication de la liste électorale pour contester ces listes ou dans les *quinze jours* qui suivent l'élection. Le tribunal a alors dix jours pour statuer. Le pourvoi en cassation est lui aussi enfermé dans un délai de dix jours et la Cour de cassation doit alors se prononcer selon une procédure spécifique et accélérée (art. 999 à 1008 NCPC).

Ces très brefs délais permettent aux résultats de l'élection de devenir très vite définitifs. Les élus pourront ainsi, dès ces délais échus, exercer sans crainte leurs fonctions, et ce même si les difficiles règles du droit électoral n'ont pas toutes été respectées (ce qui semble relativement fréquent).

1092 Ce besoin de protection rapide est identique pour les salariés désignés représentants d'une organisation syndicale et la procédure qui s'applique à la contestation de leur désignation est donc, logiquement, la même (v. n°s 1108, 1110 et 1115).

1093 Un recours hiérarchique devant le ministre du Travail ou un contentieux devant les tribunaux administratifs sont en outre possibles à l'occasion des élections, dès lors que l'une des nombreuses décisions administratives en la matière est contestée.

section 4

Élections au suffrage indirect

1094 Les élections au suffrage indirect permettent de désigner les membres des comités centraux d'entreprise (§ 1) et ceux des CHSCT (§ 2). Ces élections suivent celles des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. La durée du mandat des élus aux élections indirectes est calquée sur celle de leurs électeurs (elles ont donc lieu, en principe, tous les quatre ans). S'agissant de scrutins indirects, le nombre de votants peut être très réduit. Il est alors important de rappeler que, conformément au droit commun électoral, en cas de partage des voix, le plus âgé des candidats est proclamé élu (Soc. 9 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 312).

§ 1 Élections au comité central d'entreprise

1095 La loi est largement lacunaire s'agissant de l'organisation de ces élections. Leur fixation par accord préélectoral apparaît donc particulièrement importante. Tous les syndicats ayant au moins un élu au sein d'un comité d'établissement doivent signer cet accord, même s'ils ne sont représentatifs qu'au sein de l'établissement où ils ont un élu. À défaut d'un tel accord, la jurisprudence a complété la loi, pour fixer un mode de scrutin de principe.

Black plaque (597,1)

1096 Les comités d'établissement élisent chacun en leur sein un ou deux délégués titulaires (et un ou deux suppléants) qui siègent au comité central d'entreprise (art. L. 435-4 C. trav. ; L. 2327-2 recod.). Sauf accord préélectoral unanime contraire, le comité compte au maximum vingt salariés (D. 435-1 C. trav.). Aussi, dans les entreprises qui comptent de nombreux établissements, il a été prévu qu'il est possible de limiter à un seul le nombre de représentants d'un comité d'établissement : il s'agira alors d'un titulaire *ou* d'un suppléant (D. 435-2 C. trav.). Si le nombre d'établissements l'exige, il sera encore possible de regrouper plusieurs établissements pour qu'ils désignent ensemble un représentant au comité central.

1097 Il s'agit d'un vote global de tous titulaires du comité d'établissement, sans distinction de collège, le président du comité étant exclu du vote (Soc. 21 juillet 1976, *Dr. soc.* 1976. 494). Cependant, si le collège des cadres et assimilés existe dans les établissements (ou s'il s'agit d'entreprises qui totalisent, tous établissements confondus, cinq cents salariés avec au moins vingt-cinq personnes appartenant à cette catégorie), le comité central doit comprendre au moins un titulaire et un suppléant de ce collège (art. L. 435-4 C. trav. ; L. 2327-4 et L. 2327-5 recod.). Seuls les membres titulaires des comités d'établissement peuvent être élus titulaires au comité central. Les suppléants de ce comité peuvent, eux, être élus parmi les titulaires ou les suppléants des comités d'établissement.

1098 Sauf prévisions contraires de l'accord préélectoral, le scrutin est *majoritaire uninominal à un tour* (Soc. 29 mars 1994, *Bull. civ.* V, n° 110 ; Soc. 9 juin 1998, *Bull. civ.* V, n° 312). L' « uninominal » signifie que les votes s'expriment sur des candidats et non sur des listes. Le « majoritaire à un tour » signifie qu'il n'y a qu'un tour de scrutin et que le ou les candidats arrivés en tête sont élus, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un second tour. Une majorité relative est donc suffisante. S'il n'y a qu'un poste à pourvoir et cinq candidats, ceci peut donner les résultats suivants : un candidat recueille 19 %, trois 20 % et un 21 % des suffrages exprimés. C'est alors ce dernier qui est définitivement élu. Il aurait suffi que deux des candidats battus se rassemblent au premier tour sur une candidature unique pour qu'ils l'emportent. Ce mode de scrutin, choisi par la jurisprudence comme mode de scrutin « de droit commun » incite fortement au regroupement. Il est le plus directement opposé à la multiplication des candidatures et donc à la division syndicale. Ce mode de scrutin est le plus éloigné qui soit de la représentation proportionnelle intégrale ordonnée par la loi dans les autres élections professionnelles.

§ 2 Élections au CHSCT

1099 Les représentants au CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) sont de trois à neuf selon la taille de l'établissement (art. R. 236-1 C. trav.). Ils sont élus par un collège composé des membres élus du comité d'établissement et des délégués du personnel (art. L. 236-5 C. trav. ; L. 4613-1 recod.). Conformément à la logique qui veut que les « suppléants » ne fassent que suppléer, seuls les titulaires votent (Soc. 19 novembre 1986, *Bull. civ.* V, n° 548). Ce collège est unique. Il doit cependant réserver entre un et trois sièges au personnel de maîtrise ou aux cadres, selon la taille de l'établissement (art. R. 236-1 C. trav.) et ce quel que soit le nombre de salariés de ces catégories dans l'établissement (Soc. 19 octobre 1994, *Dr. soc.* 1995. 68).

Black plaque (598,1)

Il peut, une fois de plus, en résulter une représentation très excessive des catégories supérieures de salariés.

1100 Les textes ne précisent pas davantage qui peut être élu, ni le mode de scrutin. La jurisprudence a déduit de ce silence que tout salarié de l'établissement pouvait être élu au CHSCT (Soc. 9 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 272). Elle a aussi fixé le mode de scrutin. Sauf accord préélectoral unanime ou sauf accord unanime des membres du collège de désignation, il s'agit d'une *représentation proportionnelle à la plus forte moyenne, à un seul tour* (Soc. 21 janvier 1988, *Bull. civ.* V, n° 71 ; Soc. 3 octobre 1989, *Bull. civ.* V, n° 563 ; Soc. 16 mai 1990, *Bull. civ.* V, n° 232). Ce mode de scrutin, choisi à défaut de toute précision dans les textes, est à l'opposé de celui choisit, toujours dans le silence des textes, pour l'élection du comité central d'entreprise. Le mode de scrutin qui favorise la diversité syndicale l'emporte ainsi pour une institution créée au niveau des établissements. Alors que l'unité syndicale est préférée au niveau central.

1101 Mais il est vrai que, pour cette dernière élection, il n'y a souvent qu'un ou deux sièges à pourvoir, ce qui rend la constitution de listes un peu factice. Lorsqu'il n'y a qu'un siège à pourvoir, scrutin proportionnel intégral et scrutin majoritaire à un tour sont même strictement identiques.

section 5

Désignations par les syndicats

1102 Les syndicats représentatifs désignent leurs représentants dans l'entreprise (sur la notion de « syndicat représentatif », v. n°s 677-688). Les principaux de ces représentants sont les délégués syndicaux (§ 1) et les représentants syndicaux aux comités d'entreprise (§ 2). Les syndicats désignent encore les membres des comités de groupe et des comités européens, mais après s'être répartis les sièges au scrutin proportionnel (§ 3).

§ 1 La désignation des délégués syndicaux

1103 Des délégués syndicaux peuvent être désignés par les syndicats, sous une double condition : des effectifs suffisants et l'existence d'une section syndicale.

La seconde de ces conditions est toujours prévue par les textes, qui réservent le droit de désigner un délégué syndical aux syndicats qui ont constitué une section syndicale (art. L. 412-11 al. 1er C. trav. ; L. 2143-3 recod.). Mais cette exigence a perdu toute influence réelle : la jurisprudence considère que la désignation d'un délégué syndical suffit à prouver l'existence d'une section syndicale (Soc. 29 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 194, *D.* 1997. 416, note J.-M. Verdier ; *Dr. soc.* 1997. 757, obs. M. Grévy ; *Grands arrêts*, n° 129).

1104 Dans les entreprises de moins de cinquante salariés, seul un délégué du personnel titulaire peut être désigné délégué syndical (art. L. 412-11 al. 4 C. trav. ; L. 2143-6

Black plaque (599,1)

recod.). Au-delà de cinquante salariés un délégué syndical distinct pourra être désigné (sur le franchissement de ce seuil, v. n°s 1049 et 1052).

1105 Jusqu'à mille salariés, un seul délégué syndical peut être désigné par unité de représentation. Mais au-delà ce nombre peut augmenter, pour aller jusqu'à cinq délégués syndicaux dans les unités d'au moins dix mille salariés (art. R. 412-1 C. trav.). Ce nombre peut paraître limité, mais tout syndicat représentatif, même très minoritaire, peut nommer un délégué syndical.

1106 Dans les entreprises dotées d'établissements, les délégués syndicaux sont désignés dans les établissements et un délégué syndical central est désigné. Il s'agit nécessairement d'un délégué d'établissement dans les entreprises de moins de deux mille salariés. Au-delà, il peut s'agir d'un délégué distinct (art. L. 412-12 C. trav. ; L. 2143-5 recod.).

Dans les entreprises ou les établissements d'au moins cinq cents salariés les syndicats représentatifs peuvent désigner un délégué « catégoriel » représentant le deuxième et (ou) le troisième collège (sur les collèges électoraux, v. n°s 1066-1073). Pour cela, le syndicat doit avoir eu des élus dans le premier collège *et* dans le deuxième ou le troisième collège.

1107 Pour être désigné délégué syndical, il suffit de remplir les conditions pour être éligible, lesquelles supposent notamment, d'être électeur (v. n°s 1079), d'avoir dix-huit ans révolus, au moins un an d'ancienneté et de ne pas avoir de liens trop fort de parenté avec l'employeur ni de fonction de direction trop importante (pour plus de précision sur les conditions d'éligibilité, v. n° 1079).

1108 La désignation est notifiée à l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception ou par lettre remise en main propre avec récépissé (art. D. 412-1 C. trav.). La date de réception de la lettre est importante à plusieurs titres : elle est le point de départ de la protection du salarié, et aussi le point de départ du délai de contestation de cette désignation. Or ce délai est extrêmement bref, puisqu'il n'est que de quinze jours. On retrouve ici la procédure accélérée de la contestation d'une élection (art. R. 412-4 C. trav. et v. n° 1091), et ce pour les mêmes motifs : pour pouvoir exercer une mission représentative efficace, le salarié mandataire doit pourvoir être assuré de la solidité de ses fonctions et il doit donc ne pas pouvoir être mis sous la menace d'une annulation de sa désignation. Passé le délai d'action en justice, la désignation est purgée de tous vices.

1109 Le mandat d'un représentant syndical au comité cesse par simple décision unilatérale du syndicat qui l'a désigné, dûment notifiée à l'employeur et à l'intéressé.

§ 2 La désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise

1110 Chaque organisation syndicale représentative peut désigner un représentant au comité d'entreprise ou au comité d'établissement et au comité central d'entreprise. Cette désignation se fait selon les mêmes modalités que celles applicables pour les délégués syndicaux (v. art. D 412-1 et n°s 1003-1009). Ce représentant doit remplir les

conditions de l'éligibilité (art. L. 433-1 al. 4 C. trav. ; L. 2324-2 recod., et n° 1079). Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, ce représentant est nécessairement le délégué syndical (art. L. 412-17-1° C. trav. ; L. 2143-22 recod.). Au-delà de ce seuil, le syndicat peut désigner un représentant spécifique au comité d'entreprise.

■ 1111 La contestation de la désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise suit les mêmes règles que celles relatives à la contestation des élections (v. L. 433-11 C. trav. ; L. 2324-23 recod., R. 433-4 C. trav., et n° 1091) : on retrouve donc le délai de quinze jours pour contester cette désignation devant le tribunal d'instance.

Le mandat d'un représentant syndical au comité cesse par simple décision unilatérale du syndicat qui l'a désigné, dûment notifiée à l'employeur et à l'intéressé.

§ 3 La désignation des représentants au comité de groupe et aux comités du droit européen

■ 1112 En principe, les représentants des salariés au comité de groupe sont désignés par les syndicats représentatifs au niveau des entreprises, parmi les élus de ces entreprises.

Le nombre total des sièges au comité de groupe est réparti entre les élus des différents collèges proportionnellement à l'importance numérique de chaque collège. Pour une fois, les collèges des agents de maîtrise et cadre ne sont pas surreprésentés. Ensuite, les sièges sont répartis entre les syndicats au sein de chaque collège, proportionnellement au nombre d'élus qu'ils ont obtenus.

Le système de répartition des sièges entre syndicats est celui de la *répartition proportionnelle au plus fort reste* (art. L. 439-3 al. 4 C. trav. ; L. 2333-4 recod. et R. 439-2 C. trav., sur ce mode de répartition, v. n° 1088), celle qui maximise l'expression de la diversité. Enfin, les syndicats désignent au comité de groupe des élus aux comités d'entreprise ou d'établissement.

■ 1113 Cette répartition entre syndicats est globale sur l'ensemble du groupe et les syndicats ne sont nullement obligés de désigner des représentants choisis dans toutes les entreprises ou tous les établissements. Certaines entreprises peuvent dès lors fort bien ne pas envoyer de représentant au comité de groupe. Ce qui peut parfois être problématique.

■ 1114 Lorsque sur l'ensemble du groupe la moitié au moins des élus d'un collège l'ont été sur liste autre que syndicale, le directeur départemental de l'emploi est chargé de réaliser la répartition, au sein de ce collège, entre listes indépendantes et listes syndicales (art. L. 439-3 al. 5 C. trav. ; L. 2333-4 recod.).

■ 1115 Le tribunal d'instance est, comme c'est l'habitude, compétent pour juger des contestations qui pourrait survenir sur ces désignations, et ce selon la même procédure que celle applicable aux élections de représentants du personnel et aux désignations des syndicaux (art. R. 439-2 C. trav. et v. n° 1091).

■ 1116 Les membres du groupe spécial de négociation appelé à mettre en place le comité d'entreprise ou de groupe européen, ou le comité d'entreprise de la société européenne sont désignés selon les mêmes principes (v. art. L. 439-19 C. trav. et L. 2344-3 recod. pour le comité d'entreprise européen ; art. L. 439-29 C. trav. et L. 2352-5 recod.

Black plaque (601,1)

pour le comité de la société européenne). Une fois les sièges répartis entre pays et si nécessaire entre entreprises, la répartition des sièges se fait par collège, puis selon les règles de la représentation proportionnelle au plus fort reste, entre les syndicats. Ces derniers désignent alors leurs représentants parmi leurs élus aux comités d'établissement ou d'entreprise. Ce mode de désignation est propre aux sociétés ou établissements situés en France. Les autres pays européens désignent leurs représentants selon d'autres règles.

Ces règles de désignation des membres du groupe de négociation sont aussi celles qui s'appliquent par la suite pour désigner les membres de ces comités en l'absence d'accord contraire (art. L. 439-19 et L. 439-37 C. trav. ; L. 2344-2 et s. et L. 2353-9 recod.).

Black plaque (602,1)

Biblio

- E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, thèse Paris X, 2004.
- Ph. Waquet (dir.), *Les lieux du droit du travail*, *SSL*, supplément n° 1140, 20 octobre 2003.
- Y. Chalaron, « À propos de l'établissement », *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz 2004, p. 153.
- M. Cohen, « La raréfaction organisée des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.* 2005. 1157-1159.
- A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *RDT* 2007. 82-85.
- M.-L. Morin, « Effectif et électorat ; de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *RDT* 2007. 229-234.

Documents

Unité économique et sociale

Soc. 18 juillet 2000, *Sté Roussillon Agrégats*, *Bull. civ.* V, n° 299 ; *Dr. soc.* 2000. 1037, obs. J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 127

« Une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés ».

Établissement

Soc. 2 octobre 2001, *Lafarge Couverture*, *Bull. civ.* V, n° 296 ; *D.* 2002. Somm. 774, obs. C. Wolmark ; *Dr. soc.* 2001. 1129, obs. J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 128

« Caractérise un établissement distinct permettant la désignation des délégués syndicaux, le regroupement d'au moins cinquante salariés, constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur ».

Soc. 13 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 214

« L'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations ».

Black plaque (603,1)

Soc. 20 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 405

« Pour l'exercice du droit syndical un établissement distinct ne peut être reconnu qu'au sein d'une même entreprise ou une même unité économique et sociale ».

Intégration dans les effectifs et sur les listes électorales de salariés d'autres entreprises

Soc. 30 avril 2003, *BHV*, *Bull. civ.* V, n° 153 ; *Dr. soc.* 2003. 782, obs. J. Savatier ; *Grands arrêts*, n° 132

« Mais attendu que les démonstrateurs étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés du BHV et dans l'entité du grand magasin, y sont électeurs et éligibles et en cette qualité peuvent être désignés représentants syndicaux au comité d'entreprise ».

Soc. 26 mai 2004, *Renault*, *Bull. civ.* V, n° 141

« Mais attendu que les salariés mis à disposition, au sens des articles L. 421-2 et L. 431-2 du Code du travail, pris en compte au prorata de leur temps de présence dans le calcul de l'effectif de l'entreprise pour les élections professionnelles, sont ceux qui participent aux activités nécessaires au fonctionnement de l'entreprise utilisatrice ;

Et attendu que le tribunal d'instance, qui a constaté que le protocole préélectoral ne retenait, pour décompter les effectifs, que les salariés des entreprises prestataires dont l'activité relève des métiers de l'automobile et, en tout état de cause, de l'activité principale de l'établissement, à l'exclusion des autres salariés mis à disposition, ce dont il résultait que les élections s'étaient déroulées sur la base de dispositions portant atteinte aux règles légales de détermination des effectifs de l'entreprise, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

Cons. const. 28 décembre 2006, Décis. n° 2006-545 DC, *RDT* 2007. 84-88, étude A. Lyon-Caen

« 29. Considérant que le droit de participer "par l'intermédiaire de leurs délégués" à "la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises" a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ;

30. Considérant que, s'il était loisible au législateur, notamment pour éviter ou restreindre les situations de double vote, de ne pas conférer à l'ensemble des travailleurs mis à disposition d'une entreprise la qualité d'électeur pour désigner les délégués du personnel et les représentants des salariés à son comité d'entreprise, il ne pouvait, sans méconnaître le huitième alinéa du Préambule de 1946, limiter le corps électoral aux seuls salariés qui lui sont liés par un contrat de travail ».

Black plaque (605,1)

chapitre 27

Statut des représentants

Black plaque (606,1)

Plan analytique

section 1

Les heures de délégation

§ 1 La contestation des heures de délégation normales

§ 2 La contestation des heures de délégation exceptionnelles

§ 3 La rémunération due

§ 4 Le droit de s'absenter

section 2

La protection contre le licenciement

§ 1 Champ d'application de la protection

A. Personnes protégées

B. Actes contrôlés

§ 2 L'autorisation de l'inspecteur du travail

A. Justifications du licenciement

B. Le refus au nom de l'intérêt général

§ 3 Sanctions

Black plaque (607,1)

Les représentants du personnel et des syndicats bénéficient, pour l'exercice de leur mandat d'heures de délégation, payées à l'égal d'un temps de travail (section 1). 1117

De par l'exercice de leurs fonctions représentatives, les salariés mandatés peuvent être conduits à s'opposer à leur employeur. Tel est même le cours normal de leurs fonctions Ils sont alors particulièrement exposés à des mesures de représailles. Aussi une procédure d'autorisation préalable du licenciement de ces salariés a-t-elle été mise en place. Cette protection, toutefois, ne joue pas toujours pleinement son rôle (section 2).

Il existe en outre une protection pénale des institutions représentatives du personnel et des syndicats. Celle-ci est notamment prévue, par toute une série de délits d'entrave (v. not. les art. L. 263-2-2 ; L. 481-2 ; L. 483-1-1 et s. et L. 483-1-2 C. trav. ; L. 4742-1 ; L. 2146-1 ; L. 2316-1 ; L. 2328-1 recod.), lesquels sont punis d'une amende de 3 750 euros et d'un an emprisonnement. 1118

L'employeur qui porte atteinte à un représentant des salariés, à une institution représentative du personnel ou à un représentant des syndicats tombe généralement sous le coup de l'un de ces délits. L'existence de ces sanctions pénales est importante, à la fois comme nécessaire soutien apporté à l'action de l'inspection du travail et comme signe du poids accordé par le droit positif aux règles relatives à la représentation du personnel et du syndicat dans l'entreprise. Ces sanctions pénales restent cependant relativement difficiles à mettre en œuvre et sont souvent réservées aux violations les plus graves ou les plus systématiques.

Il faut aussi rappeler la prohibition civile et pénale de toute discrimination visant un salarié du fait de ses activités syndicales (art. L. 225-1 C. pén., L. 122-45 C. trav. ; L 1132-1 recod. : sur ces discriminations, v. n°s 156 et s. et 171 et s.).

section 1

Les heures de délégation

Les représentants du personnel et les délégués syndicaux bénéficient, pour l'exercice de leur mission, d'un temps rémunéré par l'employeur comme temps de travail. 1119

C'est le cas pour le temps passé à certaines tâches spécifiques. Sont ainsi payés, notamment, le temps passé par les délégués du personnel titulaires ou suppléants lors de leur réunion mensuelle avec l'employeur (art. L. 424-4 al. 4 ; L. 2315-11 recod.), la durée des réunions du comité d'entreprise (art. L. 434-1, al. 4 C. trav. ; L. 2325-8 recod.), le temps de la négociation collective (art. L. 132-20 C. trav. ; L. 2232-18 recod.) ou encore le temps utilisé par les délégués syndicaux pour participer à des réunions qui ont lieu à l'initiative du chef d'entreprise (art. L. 412-20 C. trav. ; L. 2143-18 recod.).

Black plaque (608,1)

1120 Pour l'exécution des autres aspects de leurs fonctions, les salariés titulaires d'un mandat représentatif bénéficient en outre d'un certain nombre d'heures rémunérées par l'employeur. Ce crédit d'heures de délégation, généralement mensuel, est fixé par la loi et les conventions collectives. Ces heures sont, en principe, attribuées individuellement à chaque représentant titulaire (v. cpdt le temps de 10 à 15 heures annuelles attribué aux sections syndicales en tant que telles : art. L. 412-20 al. 4 C. trav. ; L. 2143-16 recod.).

Il s'agit, sauf dans le cas susvisé, d'un *nombre d'heures mensuel*. Ce nombre varie, selon la taille de l'entreprise, de 2 à 20 heures pour les membres du CHSCT (art. L. 236-7 C. trav. ; L. 4614-3 recod.). Il est de 20 heures pour les membres du comité d'entreprise (art. L. 434-1 C. trav. ; L. 2325-6 recod.). Il est de 15 heures pour les délégués du personnel, sauf dans les entreprises de moins de cinquante salariés, où il n'est que de 10 heures (art. L. 424-1 C. trav. ; L. 2315-1 recod.). Il varie entre 10 et 20 heures pour le délégué syndical, selon la taille de l'entreprise (art. L. 412-20 ; L. 2143-13 recod.).

Tous ces textes prévoient la possibilité d'un dépassement de ce nombre d'heures en cas de « circonstances exceptionnelles ».

1121 L'employeur peut contester l'utilisation qui est faite de ces heures, mais après les avoir payées, pour les heures normales (§ 1). Seules les heures prises au titre des circonstances exceptionnelles peuvent être contestées avant paiement (§ 2). La rémunération due pour les heures de délégation doit être strictement identique à celle que le salarié aurait reçue s'il avait travaillé (§ 3). Les heures de délégations sont aussi des heures qui peuvent être prises librement, à tout moment : elles sont donc pour les représentants des autorisations de s'absenter de leur poste de travail, sous la seule condition, éventuelle, d'une information préalable de l'employeur (§ 4).

§ 1 La contestation des heures de délégation normales

1122 Les heures de délégations sont accordées *pour* l'exercice d'un mandat représentatif ou syndical. Seul l'exercice des fonctions est rémunéré et non n'importe quelle absence. Il en ressort une possibilité de contestation, par l'employeur, de l'utilisation des heures de délégation.

Depuis la loi du 28 octobre 1982, l'employeur ne peut plus, cependant, se faire justice à lui-même et refuser de verser le salaire correspondant aux heures dont il conteste l'utilisation. Il doit payer à l'échéance normale. Et ce paiement est un préalable nécessaire à toute contestation de l'usage fait des heures de délégations (v. déjà, Soc. 9 décembre 1985, *Bull. civ.* V, n° 581 ; *Dr. soc.* 1986. 761, obs. J.-E. Ray).

1123 L'arrêt *Vallourec.* du 2 mai 1989* a permis de fixer les conséquences, sur le plan probatoire, de cette exigence de paiement préalable. C'est l'employeur qui doit invoquer en justice une utilisation du temps de délégation non conforme au mandat, s'il souhaite en obtenir le remboursement. C'est donc sur lui que pèse la charge de la preuve de cette mauvaise utilisation.

Cependant, cette preuve négative apparaît difficile, voire « diabolique », lorsque le salarié demeure muet sur la manière dont il a utilisé son temps de délégation. Aussi, comme le précise l'arrêt *Vallourec**, l'employeur peut exiger du salarié des indications

Black plaque (609,1)

sur son utilisation du temps de délégation (dans le même sens, v. not. Soc. 22 avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 298 ; Soc. 25 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 147). Muni de ces indications, il lui sera possible de prouver la mauvaise utilisation du temps de délégation, soit en prouvant le caractère mensonger de certaines allégations, soit en prouvant que les activités déclarées par le salarié ne correspondent pas à son mandat.

Cette aide apportée par la jurisprudence à l'employeur s'avère fort compréhensible eu égard à l'extrême difficulté de la preuve négative. Elle n'en est pas moins potentiellement problématique. Outre qu'elle oblige le représentant du personnel à la tenue d'un emploi du temps heure par heure, elle le contraint à une certaine transparence vis-à-vis de l'employeur, laquelle peut être préjudiciable au bon exercice de sa mission dans certaines circonstances conflictuelles. Cela peut aussi dissuader un représentant de prendre ses heures de délégation.

1124 ■ Aussi cette obligation de fournir des indications s'interprète-t-elle restrictivement. La Cour de cassation a eu l'occasion de casser plusieurs arrêts d'appel ayant exigé des « justifications » (v. not. Soc. 22 avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 298 ; Soc. 25 mai 1993, *Bull. civ.* V, n° 147) : l'employeur ne peut exiger que de simples « indications » (Soc. 2 mai 1989, *Vallourec**).

Et le refus du salarié de transmettre des indications n'emporte pas présomption d'utilisation non conforme (Soc. 21 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 585). Ce refus offre simplement la possibilité, pour l'employeur, de saisir le juge des référés qui pourra en ordonner la production (Soc. 8 juillet 1992, *Bull. civ.* V, n° 459).

En l'absence d'indications spontanées, cette action est au demeurant considérée par la jurisprudence comme un préalable nécessaire à toute contestation au fond de l'utilisation des heures de délégation (Soc. 4 décembre 1991, *Bull. civ.* V, n° 556 ; Soc. 21 novembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 585 ; *Dr. soc.* 1990. 306, obs. J.-M. Verdier).

Et ces solutions s'imposent non seulement pour les heures de délégations légales, mais encore pour les heures de délégations supplémentaires prévues par des conventions collectives (Soc. 21 juillet 1986, *Bull. civ.* V, n° 401).

En un mot, si l'employeur entend contester l'usage fait des heures de délégation, il doit en préalable payer ces heures à l'échéance normale, puis réclamer des indications au salarié sur son emploi du temps et enfin, en cas de refus de ce dernier, saisir la justice pour exiger ces indications. Ce n'est qu'alors qu'il pourra saisir au fond la juridiction prud'homale de sa demande de remboursement des heures indûment rémunérées.

Ces garanties ne sont pas applicables en cas de dépassement du crédit d'heures pour circonstances exceptionnelles.

§ 2 La contestation des heures de délégation exceptionnelles

1125 ■ L'employeur qui conteste l'existence de circonstances exceptionnelles ou l'utilisation des heures prises au titre de ces circonstances peut refuser sans entrave de rémunérer ces heures. C'est alors le salarié qui devra contester en justice ce non-paiement et c'est sur lui que pèseront tant la charge de la preuve de l'existence de circonstances

exceptionnelles que celle d'une utilisation conforme au mandat des heures excédentaires (v. not. Soc. 21 juillet 1986, *Bull. civ.* V, n° 401 ; Soc. 25 novembre 1997, *Bull. civ.* V, n° 404).

1126 De telles de circonstances exceptionnelles ont été reconnues, en cas de projet de restructuration régionale de l'entreprise ayant nécessité un accroissement inhabituel de l'activité des membres du comité d'établissement (Soc. 6 juillet 1994, *Bull. civ.* V, n° 228), en cas de licenciement collectif (Soc. 7 décembre 1977, *Bull. civ.* V, n° 682) ou en cas de grève (Soc. 26 janvier 1966, *Bull. civ.* IV, n° 113 ; Soc. 27 juin 1979, *Bull. civ.* V, n° 587 ; comp. dans une espèce très particulière Soc. 19 février 1975, *Bull. civ.* V, n° 79). En revanche, la négociation d'un accord collectif, même particulièrement longue, ne suffit pas à caractériser des circonstances exceptionnelles (Soc. 5 novembre 1987, *Bull. civ.* V, n° 627).

§ 3 La rémunération due

1127 Lorsqu'il doit être rémunéré, que ce soit au titre des heures passées en réunion avec l'employeur, au titre du crédit d'heures de délégations ou au titre des heures pour circonstances exceptionnelles, le temps de représentation est de plein droit assimilé à un temps de travail. Il en résulte, selon une jurisprudence constante, que le représentant du personnel ne doit subir aucune perte de rémunération du fait de l'exercice de sa mission.

Ainsi, lorsqu'il travaille habituellement de nuit ses heures de délégation seront payées au tarif de nuit (Soc. 28 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 266) et ce même si elles ont été prises de jour (Soc. 14 mars 1989, *Bull. civ.* V, n° 212). Les heures de délégation doivent bénéficier de tous les accessoires du salaire. Le salarié doit notamment conserver le bénéfice des pauses rémunérées s'il en existe (Soc. 26 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 232), des éléments de rémunération au résultat ou au rendement (lesquelles peuvent être calculées au *prorata* des résultats obtenus par le salarié pendant ses heures de travail effectif : Soc. 29 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 187) ou encore de la rémunération des heures supplémentaires, lorsque les heures de délégation sont prises en dehors des horaires normaux du fait des nécessités du mandat (v. not. Soc. 21 novembre 2000, *RJS* 2001, n° 309 ; Soc. 12 février 1991, *RJS* 1991, n° 342 et Soc. 18 mai 1993, *RJS* 1993, n° 758). Ainsi encore, même si l'exercice de son mandat n'apparaît pas particulièrement salissant, le salarié en délégation doit bénéficier des primes de douche (Soc. 2 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 365) ou de salissure (Soc. 26 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 238) accordées aux salariés ayant exécuté un travail effectif. Les primes accordées individuellement aux salariés par l'employeur doivent, de même, être prise en compte : il appartient en effet aux juges de vérifier si le salarié n'a pas subi un préjudice en perdant une chance de recevoir tout ou partie de telles primes, du fait de la réduction de son travail effectif (Soc. 8 avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 269).

1128 Seul le remboursement de frais n'est pas dû. Ainsi les frais de déplacement pour l'exercice du mandat n'ont pas à être remboursés par l'employeur (Soc. 29 octobre 1987, *Bull. civ.* V, n° 608 ; Soc. 14 février 1989, *Bull. civ.* V, n° 121), sauf s'ils sont occasionnés par les déplacements nécessaires pour se rendre à une réunion organisée à l'initiative de l'employeur (Soc. 26 septembre 1990, *Dr. soc.* 1991. 262 ; Soc. 15 juin

Black plaque (611,1)

1994, *Dr. soc.* 1994. 811 et Soc. 26 mai 1996, *Dr. soc.* 1996. 744, avec les notes de M. Cohen). En revanche, des primes de panier doivent être versées au salarié, dès lors qu'elles « n'étaient pas destinées à un remboursement de frais réellement exposés, mais faisaient l'objet d'un versement forfaitaire » et étaient par conséquent des éléments de salaire (Soc. 8 juillet 1992, *Bull. civ.* V, n° 445 ; et dans le même sens Soc. 1er avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 235).

§ 4 Le droit de s'absenter

1129 Le droit de s'absenter pour exercer une mission représentative est enserré dans la limite des heures de délégation. Un représentant du personnel absent au-delà de son contingent d'heures, en l'absence de circonstances exceptionnelles, est considéré comme fautif. Il peut, à ce titre, être sanctionné par l'employeur (Crim. 8 octobre 1991, *Bull. crim.*, n° 335).

Cette solution est discutable. Les règles qui limitent le nombre d'heures de délégation accordées aux représentants des salariés et des syndicats ont trait à la *rémunération* de ces représentants. Elles n'ont pas pour objet de réglementer le droit de s'absenter.

De plus, lorsque l'absence est justifiée par les nécessités du mandat, la solution apparaît peu opportune. Ainsi, par exemple, il pourrait résulter de cette jurisprudence qu'un membre du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail se rendant en urgence sur les lieux d'un accident du travail puisse être sanctionné par l'employeur, au motif que l'accident a eu lieu en fin de mois, qu'il avait déjà épuisé son crédit d'heure et que les accidents du travail ne sont pas exceptionnels dans l'entreprise...

1130 En revanche, au sein du crédit d'heure et au-delà en cas de circonstances exceptionnelles, le salarié a l'autorisation de s'absenter librement et sans préavis pour exercer sa mission.

1131 Seule la pratique des bons de délégation, vient encadrer quelque peu cette faculté. Les bons de délégation visent l'obligation d'informer l'employeur par écrit du départ en délégation. Une telle obligation ne peut être instituée par l'employeur qu'à la suite d'une procédure de concertation (Crim. 12 avril 1988, *JCP* 1989. II. 21206, note O. Godard ; Crim. 10 janvier 1989, *RJS* 1989, n° 238). Une fois mise en place selon les formes requises, la violation de l'obligation de remplir des bons de délégation est une faute disciplinaire susceptible d'être sanctionnée par l'employeur (Crim. 31 mars 1981, *D.* 1982. IR. 77).

Toutefois, cette pratique ne consiste qu'en une information de l'employeur. Elle ne peut sans entrave conduire l'employeur à soumettre l'absence du salarié à une autorisation préalable (Crim. 10 mars 1981, *Bull. crim.*, n° 88 ; Crim. 25 mai 1982, *Bull. crim.*, n° 135 ; Crim. 4 février 1986, *Bull. crim.*, n° 107 ; Crim. 12 avril 1988, *Bull. crim.*, n° 155). Les bons de délégations peuvent en revanche imposer un court délai de prévenance, lequel n'excède pas, en principe, quelques heures (v. par ex., Crim. 4 février 1986, *préc.*). Ce délai doit être justifié eu égard aux fonctions du salarié, lorsque son absence pourrait créer des problèmes de sécurité ou être susceptible d'entraîner une désorganisation de la production, en cas de travail posté par

Black plaque (612,1)

exemple. Ce délai doit en toute hypothèse rester compatible avec les nécessités du mandat.

Lorsque la pratique des bons de délégation a été instituée, elle demeure une exception au principe de liberté de s'absenter. Et les exceptions sont d'interprétation stricte (Soc. 10 mai 2006*).

section 2

La protection contre le licenciement

1132 Les représentants du personnel et des syndicats dans l'entreprise peuvent être amenés à s'opposer à l'employeur dans l'exercice de leur mandat. Il s'agit même d'une condition de bon exercice de leur mandat. Un représentant des salariés ou des syndicats qui ne ferait que relayer les désirs et les intérêts de l'employeur, au dépend de ceux des salariés, violerait ses fonctions de mandataire et serait à ce titre juridiquement fautif.

Afin de garantir l'indépendance que le droit exige des mandataires pendant l'exercice de leurs fonctions et afin de les protéger quelque peu des possibles rétorsions de la part des employeurs, une procédure spéciale de licenciement a été mise en place. Cette procédure de protection a conduit les salariés détenteurs de mandat à être qualifiés de salariés « protégés ». Malgré la procédure de protection dont ils bénéficient, le licenciement de ces salariés demeure nettement plus fréquent, statistiquement, que le licenciement des salariés normaux. Et les discriminations qu'ils subissent demeurent fréquentes. Les salariés protégés sont surtout des salariés exposés.

1133 Le licenciement d'un salarié exposé suppose l'avis préalable du comité d'entreprise. Mais il s'agit d'un simple avis. Le trait le plus marquant de la procédure spéciale de licenciement est de comporter l'exigence d'une autorisation préalable de l'inspecteur du travail (§ 2), à peine de nullité (§ 3). Encore faut-il préciser le champ d'application de cette protection (§ 1).

§ 1 Champ d'application de la protection

1134 La jurisprudence a adopté une conception relativement réductrice des personnes qui entrent dans le champ de la procédure d'autorisation administrative de licenciement (A). En revanche, le champ d'application de la protection quant aux types d'actes soumis à autorisation administrative est très étendu (B).

A. Personnes protégées

1135 La loi a prévu un champ d'application de la protection relativement large. La protection s'applique ainsi, notamment, aux délégués du personnel, aux membres des comités d'entreprise, aux membres des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, aux délégués syndicaux, aux médecins du travail, aux conseillers prud'hommes, aux candidats aux élections du personnel, aux salariés qui ont

Black plaque (613,1)

demandé l'organisation des élections, et aux anciens mandataires dont les fonctions se sont achevées depuis moins de six ou douze mois selon le cas. La protection bénéficie, en outre, aux représentants supplémentaires du personnel ou des syndicats prévus par les conventions collectives et dont les fonctions sont calquées sur celles des représentants prévus par la loi.

1136 La protection est en revanche exclue par la jurisprudence pour les mandataires qui ne sont pas « supplémentaires », mais sont désignés à des fonctions originales créées par conventions collectives et non prévues par la loi. Ainsi, ne sont protégés ni les représentants syndicaux auprès du comité de groupe, du CHSCT, ou d'un comité inter-établissement ; ni le représentant des salariés à une commission de discipline (v. not. Soc. 19 décembre 1989, *Bull. civ.* V, n° 719 ; Crim. 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164 ; *RSC* 1991. 783, obs. A. Lyon-Caen ; Soc. 1er décembre 1993, *Bull. civ.* V, n° 298 ; CE 29 décembre 1995, *RJS* 1996, n° 298 ; Soc. 29 janvier 2003, *Dr. soc.* 2003. 550, obs. J. Savatier ; Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* V, n° 258).

Cette solution est fondée sur l'idée selon laquelle la compétence des agents publics, ici celle des inspecteurs du travail, n'est pas à la disposition de la négociation collective (v. not. CE 29 décembre 1995, *préc.*).

Cet argument ne convainc guère. Il est en effet loisible à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, lesquels sont des organes d'État, d'interpréter par analogie des textes de lois pour préciser la compétence des agents publics. D'autant qu'une telle interprétation s'impose ici avec force, la protection n'étant pas moins nécessaire lorsque les fonctions exercées ont été créées par la convention collective ou par la loi.

B. Actes contrôlés

1137 L'arrêt *Perrier* rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 21 juin 1974* est l'un des arrêts les plus célèbres du droit du travail. Il clôt un conflit qui opposait la chambre criminelle à la chambre sociale.

La chambre criminelle interdisait à l'employeur de contourner l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail en agissant, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, en résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié protégé (Crim. 9 février 1971, *Dr. soc.* 1972. 502 ; Crim. 16 mars 1978, *Dr. ouvrier* 1978. 381). La chambre sociale décidait pour sa part que cette voie de contournement était ouverte, et ce de manière constante depuis 1952 (v. not. Soc. 21 février 1952, *Bull. civ.* IV, n° 153 ; *D.* 1952. 290 ; *Dr. soc.* 1952. 159 ; *Dr. ouvrier* 1952. 151 ; *JCP* 1952. II. 6826 ; Soc. 13 octobre 1971, *Bull. civ.* V, n° 758 ; Soc. 11 octobre 1972, *Bull. civ.* V, n° 536).

L'arrêt *Perrier* du 21 juin 1974* se prononce clairement dans le sens de la chambre criminelle. Il va même bien au-delà. Dans un attendu de principe resté fameux il pose que, la procédure spéciale de licenciement des salariés exposés est une « protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun », ce dont il découle qu'il est « interdit à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail ».

1138 Cet attendu a exclu la résiliation judiciaire. L'exclusion a depuis été confirmée, puis généralisé à tous les salariés, au nom de l'interdiction de contourner les règles du droit commun du licenciement (Soc. 13 mars 2001, *Mulin, Bull. civ.* V, n° 89 ; *Grands arrêts*, n° 86 ; v. n° 425).

1139 L'arrêt *Perrier* a surtout initié la fermeture de nombreuses autres voies de contournement de la protection des salariés exposés. Les tentatives d'évitement envisageables étant nombreuses, les fermer toutes a conduit la jurisprudence à dresser un véritable catalogue des hypothèses dans lesquelles une autorisation administrative préalable est requise.

Une telle autorisation est ainsi exigée lorsqu'un transfert partiel d'entreprise concerne un salarié protégé (Soc. 24 novembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 65) ; en cas de fermeture définitive de l'entreprise (Soc. 1er avril 1992, *Bull. civ.* V, n° 234 ; Soc. 19 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995. 197) ; en cas de mise à la retraite (Soc. 5 mars 1996, *RJS* 1996, n° 422 ; Soc. 2 décembre 1998, *RJS* 1999, n° 101), d'adhésion du salarié à une convention d'allocation spéciale du FNE (Soc. 8 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 267) ou à une convention de conversion (Soc. 4 avril 1990 *RJS* 1990, n° 395) ; ou encore de rupture anticipée ou de non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée (Soc. 16 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n° 320 ; *Dr. soc.* 2002. 124, note Cl. Roy Loustaunau ; Soc. 11 décembre 2001, *Bull. civ.* V, n° 375).

Une autorisation préalable est de plus exigée non seulement à chaque fois que l'employeur entend imposer au salarié une modification du contrat de travail, ce qui va de soi (v. par ex. Soc. 24 février 1993, *Dr. soc.* 1993. 389), mais encore lorsque l'employeur n'entend qu'imposer une simple modification des conditions de travail, celles-ci fussent-elles expressément prévues au contrat (v. not. Soc. 23 septembre 1992, *Dr. soc.* 1992. 925 ; Soc. 5 janvier 1994, *Dr. soc.* 1994. 279 ; Soc. 4 octobre 1995, *Dr. soc.* 1995. 1044 ; Soc. 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 248 ; Soc. 21 novembre 2006*). En revanche l'application d'une règle nouvelle, légale ou conventionnelle, ne produisant pas de modification du contrat de travail, peut être imposée au salarié protégé sans autorisation préalable (en ce sens, v. not. Soc. 26 février 2003, *Bull. civ.* V, n° 68, à propos de l'application d'un accord d'entreprise de réduction du temps de travail, sans réduction du salaire).

1140 Il faut enfin noter que la protection a été instituée dans l'intérêt de l'ensemble des salariés et que, par conséquent, le salarié protégé ne peut pas en disposer. Il s'ensuit qu'une autorisation préalable de l'inspecteur du travail est encore nécessaire avant de conclure une rupture d'un commun accord (v. Soc. 2 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993. 152, rapp. Waquet ; Crim. 2 février 1996, *RJS* 1996, n° 299 ; Soc. 13 avril 1999, *RJS* 1999, n° 700) et que la nullité de la transaction signée avant la notification du licenciement par un salarié protégé est une nullité absolue et d'ordre public, ce qui peut contraindre le représentant à rembourser à l'employeur les sommes perçues en application de cette transaction (Soc. 10 juillet 2002, *Bull. civ.* V, n° 249 ; comp. sur la validité d'une transaction conclue après notification du licenciement, Soc. 5 février 2002, *Bull. civ.* V, n° 54).

1141 En définitive, l'exclusivisme du droit du licenciement des salariés protégés est aujourd'hui parvenu à un point d'aboutissement. Seules les ruptures véritablement à l'initiative du salarié demeurent sans autorisation administrative préalable. Ce qui permet, bien entendu, la démission de ce salarié sans autorisation, mais aussi sa demande en résiliation judiciaire (Soc. 16 mars 2005, *Bull. civ.* V, n° 94 ; *D.* 2005. 1613 et Pan. 2506, obs. B. Lardy-Pélissier).

Black plaque (615,1)

§ 2 L'autorisation de l'inspecteur du travail

1142 Les autorisations accordées ou refusées par l'inspecteur du travail ont occasionné un contentieux de droit public, lequel a permis au Conseil d'État de préciser quelle était exactement la mission des inspecteurs du travail en la matière.

L'arrêt *SAFER d'Auvergne* du 5 mai 1976* est le véritable point de départ de cette jurisprudence. Dans un premier temps, le Conseil d'État avait considéré qu'il s'agissait d'une question de pure opportunité échappant au contrôle du juge (CE 12 novembre 1949, *Lebon,* p. 483). Dans un deuxième temps, il a exprimé la possibilité d'un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation (CE 10 juin 1966, *Lebon,* p. 387). Ce n'est qu'avec l'arrêt *SAFER d'Auvergne* qu'il va affirmer l'existence d'un plein contrôle.

Le Conseil d'État profite de l'occasion pour adopter un attendu de principe resté fameux, dans lequel il fixe les grandes lignes du contrôle devant être mené en la matière. Les termes de cet attendu ont été depuis repris constamment, le Conseil s'étant contenté d'en préciser quelques aspects. L'inspecteur du travail doit tout d'abord vérifier si les faits invoqués par l'employeur permettent de justifier un licenciement (A). Lorsqu'une telle justification est présente, il peut encore refuser le licenciement, en retenant « des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence » (B).

A. Justifications du licenciement

1143 Lorsque l'employeur invoque une faute du salarié, celle-ci doit être « d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement », (termes constants depuis CE 5 mai 1976*, *SAFER d'Auvergne*, v. not. plus récemment, CE 10 janvier 2000, *Chellal, RJS* 2000, n° 554 ; CE 6 mars 2002*). Ces termes employés sont originaux. Il ne s'agit à proprement parler ni de la « faute grave », ni de la faute « réelle et sérieuse » du droit commun du licenciement (sur lesquelles v. respectivement n°s 472-743 et 455 et s.). Ce choix d'un vocabulaire spécial par le Conseil d'État est significatif de l'autonomie qu'ont longtemps entendu conserver en la matière les juridictions administratives.

Cette autonomie pouvait prendre sens comme expression d'une plus grande exigence, pour le licenciement d'un salarié protégé, que pour un salarié non protégé. Pendant longtemps cependant, c'est l'inverse qui s'est produit. Bloqué dans sa volonté d'indépendance, le Conseil d'État a ignoré les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation. La conséquence, absurde, était qu'il était devenu plus facile, dans de nombreux cas, de licencier un salarié « protégé » que de licencier un salarié non protégé.

1144 Ce grave paradoxe s'est réduit à la suite des récents efforts du Conseil d'État pour combler son retard (1), mais certains écarts persistent encore (2).

1. *Des efforts de rattrapage*

1145 Le Conseil d'État a prohibé le licenciement pour simple perte de confiance (CE 21 décembre 2001, *Baumgarth*, *RJS* 2002, n° 304 ; CE 22 mai 2002, *RJS* 2002, n° 999), plus dix après que la Cour de cassation l'a fait (sur la prohibition par la Cour de

cassation, à partir de 1990, v. n° 457 ; en sens inverse, v. encore CE 1er avril 1999 et CE 11 juin 1999, *RJS* 1999, n° 1093).

Le Conseil d'État a longtemps adopté sa propre définition de la justification économique du licenciement (CE 18 février 1977, *Abellan*, *Lebon,* p. 97, *Dr. ouvrier* 1977. 215, note M. Cohen ; CE 26 avril 1985, n° 38231, *Lebon,* p. 140 ; CE 8 juillet 2002, *RJS* 2002, n° 1148). Il se réfère désormais à la définition légale du licenciement économique, laquelle avait été initiée en 1989 (v. not. CE 15 juin 2005, pourvoi n° 254728 ; CE 8 mars 2006, *Moranzoni** ; sur la définition légale du licenciement économique, v. L. 321-1 C. trav. ; L. 1233-3 recod.). Mieux, L'arrêt *Moranzoni** précité, reprend l'exigence de la Cour de cassation, d'une nécessaire sauvegarde de la compétitivité (avec dix ans de retard : sur la jurisprudence de Cour de cassation, initiée en 1995, v. n° 572 et s.).

Le Conseil d'État a aussi admis que la faute disciplinaire ne pouvait être qu'une violation du pouvoir de direction de l'employeur et non une faute commise dans l'exercice de ce mandat (v. CE 4 juillet 2005, *Patarin**) conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui exige une violation des obligations du salarié « à l'égard de son employeur » pour reconnaître l'existence d'une faute disciplinaire (v. not. Soc. 4 juillet 2000, *Bull. civ.* V, n° 263 ; v. n° 114).

■ 1146 Ainsi, un rattrapage important a eu lieu et, pour l'essentiel, la justification du licenciement d'un salarié protégé n'est plus facilitée, comparativement au licenciement d'un salarié ordinaire. Quelques efforts pour que cette solution évidente soit généralisée restent cependant à faire.

2. *Quelques retards persistants*

■ 1147 Le Conseil d'État considère que la violation par l'employeur des procédures de licenciement conventionnelles n'interdit pas d'accorder une autorisation de licenciement (CE 12 mars 1993, *RJS* 1993, n° 634), alors que, pour le juge judiciaire, le respect de telles procédures conditionne la validité du licenciement des salariés non protégés (Soc. 28 mars 2000, *Bull. civ.* V, n° 136).

■ 1148 Dans un registre proche, sauf preuve de la discrimination, la jurisprudence administrative ne contrôle pas le respect des règles concernant l'ordre des licenciements économiques, vis-à-vis des salariés protégés (CE 23 juin 1982, *Lebon* T., p. 768 ; 11 juillet 1994 ; *RJS* 1994, n° 1406 ; CE 15 juin 1998, *RJS* 1998, n° 1016 ; CE 29 décembre 2000, *RJS* 2001, n° 475). Ce refus de vérification a conduit la Cour de cassation à prendre le contrôle de l'application de ces règles vis-à-vis des salariés protégés. Désormais, un salarié protégé licencié en violation des règles sur l'ordre des licenciements, mais avec l'autorisation de l'inspecteur du travail, peut obtenir auprès des juridictions judiciaires la réparation du préjudice qu'il subit de ce fait, (pour la condamnation de l'employeur à indemniser le salarié dans une telle hypothèse, v. Soc. 11 décembre 2001, *RJS* 2002, n° 202).

Ces deux petits décalages sont de peu d'ampleur. On peut penser que dès que l'occasion se présentera le Conseil d'État supprimera le premier. Et les conséquences fâcheuses du second ont été en partie pour l'essentiel couvertes par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

■ 1149 Le décalage le plus inquiétant qui demeure encore est observé dans le contentieux de la grève.

Black plaque (617,1)

Il résulte de l'article L. 521-1 alinéa 1er du Code du travail (L. 2511-1 recod.) que des faits commis au cours d'une grève ne peuvent être des motifs de licenciement que s'ils sont caractéristiques d'une « faute lourde ». Quoiqu'il continue en la matière de n'exiger expressément qu'une faute « suffisamment grave », le Conseil d'État s'est appuyé sur l'exigence supplémentaire d'une prise en compte « de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail » que posait déjà l'arrêt *SAFER d'Auvergne*, pour reconnaître expressément, que l'article L. 521-1 du Code du travail est bien applicable aux salariés protégés comme à ceux qui ne le sont pas (v. not. CE 1er avril 1992, *Lebon,* p. 148 ; *Dr. soc.* 1992. 689, concl. D. Kessler ; CE 6 mars 2002*). Ce qui équivaut à la reconnaissance de l'exigence d'une faute lourde (même si cette reconnaissance n'est qu'implicite).

Cependant, le Conseil d'État semble adopter une conception pour le moins originale de la faute lourde. Pour la jurisprudence judiciaire celle-ci est une faute d'une exceptionnelle gravité réalisée dans l'intention de nuire à l'employeur (v. *réf. cit*. n° 474 et n° 634). Outre qu'en guise d'exceptionnelle gravité le Conseil d'État se contente de son habituelle motivation en termes de faute « suffisamment grave », il affirme qu'aucune intention de nuire à l'employeur n'est exigée pour que puisse être autorisé le licenciement d'un salarié protégé pour des faits commis au cours de la grève (CE 6 mars 2002*).

Or, si l'intention de nuire est caractéristique de tout mouvement de grève (v. n° 577), elle n'est pas nécessairement présente au sein de tous les comportements qui peuvent être commis au cours d'une grève. Des fautes d'une gravité certaine, comme une destruction de matériel ou une violation des consignes de sécurité ayant provoqué un accident, peuvent être faites par négligence et être dépourvues d'intention de nuire. De tels faits, commis au cours d'une grève, pourraient permettre selon la jurisprudence du Conseil d'État, d'autoriser le licenciement d'un salarié « protégé ». Alors qu'il n'est pas exclu que le licenciement pour de mêmes faits d'un salarié « non protégés » puisse être annulé, selon les critères de la Cour de cassation.

Un tel résultat est pour le moins paradoxal.

B. Le refus au nom de l'intérêt général

1150 L'arrêt *SAFER d'Auvergne* 5 mai 1976* a prévu une faculté, pour l'inspecteur du travail d'invoquer des « motifs d'intérêt général » pour passer outre une faute d'une gravité suffisante et refuser d'autoriser le licenciement d'un salarié protégé. Ce principe ne tempère guère, cependant, le faible contrôle administratif du motif du licenciement sus-décrit.

1151 Cette faculté n'est en effet utilisable qu'avec la plus grande parcimonie, si l'on en croit la jurisprudence du Conseil d'État (pour l'annulation de refus motivés par l'intérêt général, v. not. CE 8 février 1980, *D.* 1980. 337 ; CE 9 octobre 1987, *Lebon*, p. 308 et 309 ; CE 27 juillet 1990, *RJS* 1990, n° 891). Seul le souci de maintenir une représentation du personnel, dans une espèce où l'employeur entendait licencier dans un même mouvement l'ensemble des délégués du personnel, des membres du comité d'établissement et les trois délégués syndicaux, a pu être considéré comme un motif d'intérêt général permettant de passer outre une faute d'une « gravité suffisante » commise au cours d'une grève (CE 9 octobre 1987, *Lebon*, p. 309 ; *AJDA* 1987. 773).

Black plaque (618,1)

En revanche, dans une petite entreprise, malgré l'absence d'élus, le licenciement de l'unique délégué syndical ne peut être refusé pour un motif d'intérêt général, dès lors qu'un autre salarié avait réclamé en même temps que lui la tenue d'élection de délégués du personnel et que ce salarié pouvait servir à l'avenir d'interlocuteur (CE 19 juillet 1991, *RJS* 1991, n° 1114).

1152 De plus, l'invocation de l'intérêt général était dès l'arrêt *SAFER d'Auvergne,* assortie d'une restriction importante, toujours reprise depuis. L'autorité administrative n'a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général que « sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ». Cette formule contient une part d'hypocrisie. Ainsi que le Conseil d'État le reconnaît par ailleurs, l'invocation d'un motif d'intérêt général a pour fonction de bloquer un licenciement par ailleurs justifié. Ce blocage ne porte pas atteinte aux intérêts du représentant dont l'emploi est ainsi sauvegardé, ni à celui de ses mandants. L'invocation d'un motif d'intérêt général ne peut dès lors que nuire à l'employeur. La formule, censément équilibrée, se lit donc ainsi : l'inspecteur du travail n'a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général que « sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée aux intérêts de l'employeur ». Cet égard particulier pour les intérêts de l'employeur conduit au demeurant le Conseil d'État à qualifier facilement l'atteinte d'« excessive », dès lors que le licenciement apparaît par ailleurs justifié (pour une telle qualification d'atteinte « excessive » aux intérêts de l'employeur, v. not. CE 8 février 1980 ; CE 9 octobre 1987 ; CE 27 juillet 1990, *préc.*).

1153 La faculté d'invoquer l'intérêt général pour refuser d'autoriser un licenciement n'est plus, dans ce contexte, qu'un correctif anecdotique. Et la « protection » des salariés exposés apparaît de ce fait très fragile.

§ 3 Sanctions

1154 Des sanctions pénales pour entrave sont généralement encourues en cas de licenciement d'un salarié exposé sans respect de la procédure protectrice.

1155 Mais les sanctions les plus efficaces, en pratique, demeurent les sanctions civiles. Le licenciement d'un salarié protégé en violation de son statut protecteur est nul et de nul effet.

Ceci a été admis dès l'origine par la Cour de cassation (Soc. 3 juin 1948, *D.* 1948. 510). La question qui a fait problème en la matière pendant plus de vingt ans est celle des effets que peut produire cette nullité : la possible réintégration du salarié illégalement licencié n'a été admise qu'avec l'arrêt *Revet-Sol* du 14 juin 1972, *Bull. civ.* V, n° 425 ; *Dr. soc.* 1972. 465, note J. Savatier ; *JCP* 1972. II. 17275, note G. Lyon-Caen . *Grands arrêts*, n° 148). Solution qui allait bientôt servir de modèle à l'ensemble des cas de nullité du licenciement. Aujourd'hui, la nullité du licenciement des salariés exposés est traitée conformément au droit commun de la nullité du licenciement (v. n°s 498-504).

1156 La seule difficulté spécifique vient des conséquences qu'il faut accorder à l'annulation d'une autorisation administrative donnée dans les formes. Depuis la loi du 28 octobre 1982 le principe est qu'en cas d'annulation d'une autorisation administrative, les salaires sont bien dus à compter du licenciement. Ils couvrent donc la période

Black plaque (619,1)

pendant laquelle l'employeur a pu croire, de bonne foi, avoir obtenu une autorisation administrative en bonne et due forme.

1157 Les effets de cette rétroactivité sont cependant légèrement atténués par la loi. La contestation d'une autorisation administrative de licenciement est une procédure qui peut être longue et ponctuée de décisions divergentes. Il se peut, par exemple, que l'autorisation soit annulée par le ministre statuant sur recours hiérarchique, rétablie par le tribunal administratif, puis enfin annulée de manière définitive par le Conseil d'État. La tentation est alors forte pour le représentant du personnel d'attendre qu'une décision définitive ait été rendue avant d'opter ou non pour la réintégration. Ceci lui permettra de bénéficier d'une période de rappel de salaire d'autant plus longue que la procédure aura été longue, pour peu que l'annulation de l'autorisation l'emporte *in fine*. Ce qui peut conduire à des rappels de salaires courant sur plusieurs années.

1158 Pour limiter quelque peu ces effets de la rétroactivité des décisions de justice, la loi du 28 octobre 1982 prévoit qu'à la suite d'une décision d'annulation de l'autorisation administrative de licenciement, le salarié a deux mois pour demander sa réintégration (v. not. art. L. 412-19 ; L. 425-3, L. 436-3 C. trav. et art. L. 2422-1 et L. 2422-4 recod.). Si l'employeur refuse cette réintégration le salarié pourra toucher les salaires dus sur l'ensemble de la période couverte par la nullité, dès que l'annulation sera devenue définitive. Si l'employeur accepte la réintégration, au moins bénéficiera-t-il d'un travail en échange du salaire payé.

En revanche, si le salarié s'abstient de demander sa réintégration dans le délai de deux mois susvisé et que la procédure suit son cours jusqu'à l'obtention d'une annulation définitive, le salarié n'aura droit au versement de son salaire que jusqu'à l'échéance de ce délai de deux mois et non sur toute la période couverte par la nullité. Le montant des salaires dus par l'employeur sera ainsi réduit.

Black plaque (620,1)

Biblio

- J. Frossard, « La contestation par l'employeur de l'usage des heures de délégation », *RJS* 1991. 155.
- J.-Y. Kerbouc'h, « Le licenciement des salariés protégés », *RJS* 2003. 923.
- Y. Struillou, « Licenciement d'un salarié protégé : les exigences de l'enquête de l'inspecteur du travail », concl. sur CE 24 novembre 2006, *Dr. soc.* 2007. 25-35.

Documents

Les heures de délégation

Soc. 2 mai 1989, *Vallourec*, *Bull. civ.* V, n° 320 ; *Dr. soc.* 1989. 639, note J.-M. Verdier ; *Grands arrêts*, n° 144

« Si les articles L. 412-20 et L. 424-1 du Code du travail, qui imposent à l'employeur l'obligation de payer à l'échéance normale le temps alloué pour l'exercice de leurs fonctions aux délégués syndicaux et aux délégués du personnel, ne dispensent pas les bénéficiaires de ce versement de préciser les activités exercées pendant leur temps de délégation, c'est à charge pour l'employeur d'établir devant les juges du fond, à l'appui de sa contestation, la non-conformité de l'utilisation de ce temps avec l'objet du mandat représentatif ».

Les bons de délégation

Soc. 10 mai 2006, *Bull. civ.* V, n° 174

« Attendu, cependant, que, d'une part, la pratique des bons de délégation visant à avertir le chef de service ou le supérieur de l'intention du représentant syndical de se mettre en délégation, ne peut être détournée de son seul objet d'information préalable d'un déplacement pour l'exercice du mandat dans ou en dehors de l'entreprise ; que, d'autre part, l'employeur, fût-il approuvé en comité d'entreprise, ne peut étendre la pratique des bons de délégation prévue par l'accord d'entreprise pour la circulation des mandatés à un cas qui n'y est pas prévu ».

Champ d'application de la protection contre le licenciement

Ch. mixte 21 juin 1974, *Perrier*, *Bull. Ch. Mixte*, n° 3 et *Bull. crim.* n° 236 ; *Dr. soc.* 1974. 454, *D.* 1974. 593 et *JCP* 1974. II. 17801, concl. Touffait ; *Dr. ouvrier* 1974. 320 ; *D.* 1974. Chron. 237, H. Sinay ; *D.* 1975. 219, J. Savatier ; *D.* 1975. Chron. 103, R. Latournerie ; *Grands arrêts*, n° 145

« Attendu que les dispositions législatives soumettant à l'assentiment préalable du comité d'entreprise ou à la décision conforme de l'inspecteur du travail le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, ont institué, au profit de tels salariés et dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, une protection exceptionnelle et

Black plaque (621,1)

exorbitante du droit commun qui interdit par suite à l'employeur de poursuivre par d'autres moyens la résiliation du contrat de travail ».

Soc. 21 novembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 350

« Aucun changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé et (...) en cas de refus par celui-ci de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement ».

Étendue du contrôle exercé par l'inspecteur du travail

CE 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne*, *Dr. soc.* 1976. 346, concl. Ph. Dondoux, note J.-C. Venezia ; *D.* 1976. 563, note H. Sinay ; *AJDA* 1976. 328 ; *JCP* 1976. II. 1849, note J.-P. Machelon ; *Dr. ouvrier* 1976. 430 et 425, obs. M. Cohen ; *Gaz. Pal.* 1976. 2. 558, note F. Moderne ; *Grands arrêts*, n° 146

« Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail ou à l'inspecteur des lois sociales en agriculture saisi et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi ; qu'en outre, pour refuser l'autorisation sollicitée, l'autorité administrative a la faculté de retenir des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou l'autre des intérêts en présence ».

CE 6 mars 2002, n° 214656, *RJS* 06/02, n° 699 et p. 518, concl. G. Bachelier

« Considérant qu'en vertu des articles L. 412-18 et L. 425-1 du Code du travail, les salariés légalement investis de fonctions représentatives qui bénéficient, dans l'intérêt des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle, ne peuvent être licenciés qu'avec l'autorisation de l'inspecteur du travail ; que, lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, il ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées par l'intéressé ou avec son appartenance syndicale ; que, dans le cas où la demande est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail saisi et, le cas échéant, au ministre compétent, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement, compte tenu de l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail notamment, dans le cas de faits survenus à l'occasion d'une grève, des dispositions de l'article L. 521-1 du Code du travail et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi ;

Considérant qu'après avoir relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, sans dénaturer les faits ni les pièces du dossier qui lui était soumis, que, lors du mouvement de grève qui a eu lieu le 31 décembre 1995 au parc d'attraction "Disneyland-Paris", M. MVONDO, délégué du personnel, s'est rendu coupable de violences, notamment en portant des coups à des membres du personnel de la société Eurodisney qui tentaient de s'opposer à la progression de la manifestation vers les lieux où se tenait le public, *la cour, qui n'était pas tenue de rechercher si ce comportement révélait une intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise, a pu*

Black plaque (622,1)

légalement déduire de ces énonciations que ces faits revêtaient le caractère d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement de l'intéressé ».

CE 4 juillet 2005, *Patarin,* n° 272193, *Lebon*, p. 306

« Dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié survenu en dehors de l'exécution de son contrat de travail, notamment dans le cadre de l'exercice de ses fonctions représentatives, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits en cause sont établis et de nature, compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions ».

CE 8 mars 2006, *Moranzoni*, n° 270857, *Lebon*, p. 116 ; *Dr. soc.* 2006. 857, concl. R. Keller ; *JCP* S 2006, n° 16, p. 31-33, note J.-Y. Kerbouc'h

« Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail, dans sa rédaction alors applicable : Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ; qu'est au nombre des causes sérieuses de licenciement économique la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ;

Considérant qu'en jugeant qu'étaient de nature à établir des difficultés économiques pouvant être la cause du licenciement de Mme X, d'une part, un simple tassement de l'activité d'une des branches de la société mutuelle d'assurance des collectivités locales au cours des exercices 1997 et 1998, d'autre part, la simple volonté d'améliorer la compétitivité de cette entreprise, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'erreur de droit ».

TITRE 10

La puissance publique

1159 L'intervention de la puissance publique, en droit du travail, est consubstantielle de l'existence même d'un *droit* du travail. Dès lors que les relations de travail ne sont pas une zone de non-droit (et il s'en faut de beaucoup), la puissance publique intervient. Elle intervient d'abord en créant des règles. Elle est alors source du droit. Ce premier rôle, évidemment central, ne distingue guère le droit du travail des autres branches du droit. Il a été visé lors de l'étude des sources (v. n° 44 et s. et pour les sources étatiques, n° 51).

La puissance publique est aussi une autorité de contrôle et de sanction. Le droit du travail se caractérise alors par l'existence de deux institutions propre à la matière. L'une est administrative : il s'agit de l'inspection du travail. L'autre judiciaire : il s'agit des Conseils de prud'hommes.

Ces deux institutions spécifiques au droit du travail n'excluent nullement l'importance, en la matière, d'autres institutions publiques.

1160 Toutes sortes de juges interviennent, à l'occasion des litiges du travail (tribunaux administratifs, tribunaux d'instance, de grande instance, tribunal de simple police, tribunal correctionnel...). L'étude de ces juridictions, qui ne sont nullement spécifiques au droit du travail, relève du droit administratif pour les unes, et du droit judiciaire pour les autres.

1161 De même, il existe d'autres autorités administratives qui peuvent jouer un rôle au sein des relations de travail, comme la police judiciaire, la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) ou la HALDE (Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité). Mais, là encore, ces autorités ne sont nullement spécifiques au droit du travail et leur étude relève d'autres branches du droit.

Il ne sera donc question ici que des deux autorités propres à la matière : l'inspection du travail (chapitre 28) et le conseil de prud'hommes (chapitre 29).

Black plaque (625,1)

chapitre 28

L'inspection du travail

Black plaque (626,1)

Plan analytique

section 1

Fonctions

section 2

Moyens

Black plaque (627,1)

La présence d'un corps administratif spécialisé chargé du contrôle de l'application du droit du travail s'explique pour deux raisons. La première est l'importance d'une application des règles du droit du travail. Leur violation absolue et systématique n'est rien moins que de l'esclavage. La seconde est la difficulté de la recherche d'effectivité. Dans l'entreprise l'employeur est « chez lui », et faire pénétrer le droit dans cette sphère professionnelle, mais souvent perçue comme privée par l'employeur, n'est pas une mince affaire. L'ineffectivité relative du droit du travail est un problème constant. 1162

Ces enjeux, qui fondent l'existence de l'inspection du travail, ont été perçus comme suffisamment fondamentaux pour que soit adoptée une convention spécialisée, de niveau mondial, sur la question (convention de l'OIT C81 sur l'inspection du travail de 1947, ratifiée par 137 pays, dont la France depuis 1950).

L'inspection du travail est organisée au sein des services déconcentrés du ministère du Travail. Ceux-ci sont organisés en directions régionales (DRTEFP) et départementales (DDTEFP), ces dernières étant les centres opérationnels principaux. À ces directions sont rattachées des fonctionnaires qui appartiennent au corps des inspecteurs du travail et au corps des contrôleurs du travail, lesquels forment ensemble l'inspection du travail au sens de la convention C81 de l'OIT. Les contrôleurs du travail sont placés sous la responsabilité des inspecteurs du travail, mais sont dotés de pouvoirs de contrôle et d'enquête propres (art. L. 611-12 C. trav. ; L. 8112-5 recod.). 1163

Les inspecteurs du travail sont soumis au principe hiérarchique, comme tout fonctionnaire. Mais cette soumission est fortement tempérée par l'indépendance qui leur est reconnue par le droit international : l'article 6 de la convention C81 de l'OIT exige que l'inspection du travail soit assurée par des fonctionnaires « dont le statut et les conditions de service leur assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement ». Ce principe d'indépendance et les exigences d'orientation exprimées par le ministère du Travail, expliquent l'existence de certaines tensions.

Les fonctions (section 1) et moyens (section 2) de l'inspection du travail sont importants et divers.

section 1

Fonctions

La fonction première des inspecteurs du travail, précisée à l'article L. 611-1 du Code du travail (L. 8112-1 recod.) est de veiller à l'application du droit du travail dans son ensemble, y compris les conventions collectives de travail. Ils reçoivent de ce fait des plaintes et réclamations et ont un rôle de conseil. Mais, à la différence des conseils de prud'hommes, ils ne tranchent pas les litiges. 1164

Black plaque (628,1)

Ils peuvent toutefois constater les infractions pénales aux dispositions du droit du travail. Leur fonction est, à cet égard, assez proche de celle des officiers de police judiciaire.

■ 1165 Ils sont en outre chargés de toute une liste de tâches plus précises, que l'on retrouve tout au long du Code du travail. Ainsi, notamment, les inspecteurs du travail doivent veiller aux dispositions relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs. Dans ce cadre ils peuvent aussi accorder certaines dérogations temporaires aux règles de protections en matière de santé et de sécurité. Ils contrôlent et peuvent faire rectifier le contenu des règlements intérieurs (n°s 136-137). Ils participent aux commissions mixtes paritaires lors des négociations de branches (n° 745). Ils sont chargés d'autoriser le licenciement des salariés protégés (n°s 1142 et s.). Ils détiennent la possibilité d'accorder certaines dérogations en matière de durée et d'organisation du travail (v. not. n° 315 et s. et n°s 327 et s.). Etc.

Il ne s'agit là que de quelques exemples.

section 2

Moyens

■ 1166 Les inspecteurs du travail sont dotés de moyens d'investigation. Ils peuvent entrer dans tous les lieux où le droit du travail est censé s'appliquer, et ils peuvent opérer tous prélèvements utiles (art. L. 611-8 C. trav. ; L. 8113-1 à L. 8113-3 recod.). Ils peuvent se faire présenter l'ensemble des documents et registres obligatoires du droit du travail (art. L. 611-9 C. trav. ; L. 8113-4 recod.) notamment de ceux qui doivent être tenus à leur intention (registre du personnel, registre des questions et réponses des réunions mensuelles des délégués du personnel, etc.).

■ 1167 Ils usent généralement du conseil, puis de la menace, avant d'adopter des mesures plus sévères. La mise en demeure est parfois impérative, avant qu'un procès verbal puisse être dressé (art. L. 231-4 C. trav. ; L. 4721-4 recod.) ou que l'arrêt temporaire de l'activité puisse être exigé (v. not. art. L. 231-12 C. trav. ; L. 4721-8 recod.). De plus, même lorsque la mise en demeure ne s'impose pas, les inspecteurs du travail invitent le plus souvent l'employeur à cesser l'infraction, avant de dresser procès verbal. Ce n'est que lorsque la menace reste inefficace qu'ils dressent un procès verbal constatant l'infraction. Le procès verbal est alors transmis au procureur de la République (art. L. 611-10 ; L. 8113-7 recod.), lequel jugera de l'opportunité des poursuites (v. les chiffres cités ci-dessous dans les documents).

Le droit pénal du travail apparaît alors dans sa fonction première : il est plus un outil de menace, mis entre les mains de l'inspection du travail, qu'un véritable outil de répression : les sanctions pénales demeurent relativement peu nombreuses et sont, sauf rares exceptions, limitées à des peines d'amende.

■ 1168 L'inspecteur du travail a enfin un droit d'agir directement en justice, pour demander au juge des référés de faire cesser un trouble illicite, notamment en présence d'un risque pour les personnes (v. not. art. L. 263-1 C. trav. ; L. 4732-1 recod.). De telles actions demeurent exceptionnelles.

Black plaque (629,1)

chapitre 29

Le conseil de prud'homme

Black plaque (630,1)

Plan analytique

section 1

Composition

section 2

Compétence des conseils et effet relatif des jugements

section 3

Procédure

§ 1 La conciliation

§ 2 Le conseiller rapporteur

§ 3 Le référé prud'homal

§ 4 L'unicité de l'instance

Black plaque (631,1)

Les conseils de prud'hommes sont des juridictions anciennes, nées de la volonté des employeurs d'éviter que l'État n'intervienne dans leurs affaires « privées ». Le premier de ces conseils a été institué à Lyon en 1806. C'est au départ une juridiction très inégalitaire. Les fabricants y sont majoritaires et les ouvriers n'y sont pas représentés. Il faudra attendre la révolution de 1848 et le décret du 27 mai 1848, pour que la première représentation des ouvriers y soit créée et la loi du 17 mars 1907 pour que soit instauré le paritarisme. 1169

section 1

Composition

Les Conseils de prud'hommes sont élus, pour moitié par les salariés et pour moitié par les employeurs. Il s'agit d'un scrutin proportionnel à la plus forte moyenne (art. L. 513-6 al. 1er ; L. 1441-30 recod. ; sur ce mode de scrutin, v. n° 1089 et s.). 1170

Le paritarisme se retrouve à tous les niveaux de décision (art. L. 511-1 al. 1er ; L. 1421-1 al. 2 recod.) : le bureau de conciliation et la formation de référé comptent un conseiller salarié et un conseiller employeur, le bureau de jugement deux conseillers salariés et deux conseillers employeurs. Les présidences sont alternativement occupées par un salarié ou par un employeur. Et lorsque qu'un employeur est président, un salarié est vice-président et vice-versa.

En cas de partage des voix (moins fréquent qu'on pourrait le croire), il est fait appel à un juge d'instance. Ce « juge départiteur » tranche les points qui restent en débat après avoir délibéré avec les conseillers ou, le plus souvent, seul.

section 2

Compétence des conseils et effet relatif des jugements

Les conseils de prud'hommes ne sont compétents que pour juger « les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail » (art. L. 511-1 al. 1er ; L. 1411-1 recod.). Il traite donc exclusivement des litiges individuels. 1171

L'expression est largement entendue par la jurisprudence. La reconnaissance d'un droit individuel doit bien être l'objet du litige. Mais le conseil peut trancher

Black plaque (632,1)

des litiges qui sont appelés à faire jurisprudence dans l'entreprise. Sont encore admises les demandes groupées de plusieurs salariés. Même si elles sont identiques, elles sont considérées comme autant de demandes individuelles (Soc. 23 juin 1960, *D.* 1960. 688 ; *Grands arrêts*, n° 18). Sont encore admises les demandes individuelles qui s'appuient sur des arguments qui, s'ils sont admis, auront une portée collective (par exemple le conseil de prud'hommes est compétent pour juger de manière incidente que telle clause du règlement intérieure est illégale, l'objet principal étant l'annulation de la sanction disciplinaire subie par M. X, soit une demande individuelle).

1172 Il demeure que la décision du conseil de prud'hommes aura toujours un effet relatif, limité aux parties au procès. Rien n'interdit, par exemple, à l'employeur dont la clause d'un règlement intérieur a été écartée dans une instance individuelle, de conserver intacte cette clause dans son règlement intérieur. La décision du Conseil de prud'hommes ne peut rien lui imposer qui soit d'ordre collectif, elle peut seulement lui imposer une mesure individuelle, comme l'annulation de la sanction disciplinaire attaquée. Si les salariés veulent obtenir en justice que l'employeur retire la clause du règlement, le litige sera collectif, et c'est le tribunal de grande instance qui sera compétent ou, en l'occurrence, l'inspecteur du travail (v. n°s 136-137).

section 3

Procédure

1173 La procédure devant les conseils de prud'hommes comporte certaines originalités.

Les plaideurs sont dispensés de prendre un avocat. Ils peuvent se défendre eux-mêmes, ou encore être défendus par des membres des organisations syndicales (solidarité syndicale), par des salariés ou employeurs de la même branche (solidarité professionnelle), ou par leur conjoint (solidarité familiale). Il en résulte parfois une certaine inégalité des parties, l'une étant représentée par un avocat expérimenté et l'autre se défendant elle-même. Cette inégalité est aggravée par le principe de l'« oralité des débats », qui peut permettre de présenter une argumentation juridique ou des demandes au dernier moment, argumentation et demandes face auxquelles celui qui se défend seul sera souvent incapable de répondre dans l'instant.

1174 Le conseil de prud'hommes statue en premier et dernier ressort pour les demandes qui n'excèdent pas 4 000 euros (Décr. n° 2005-1190 du 20 septembre 2005). Cela signifie qu'en dessous de cet enjeu financier, il n'est pas possible de faire appel, mais seulement de se pourvoir directement devant la Cour de cassation. Or un tel pourvoi est plus difficile et plus coûteux. Le pourvoi en cassation n'est plus dispensé du ministère d'avocat depuis un décret du 20 août 2004.

Au-dessus de 4 000 euros, la possibilité de faire appel permet de voir le litige apprécié par des magistrats professionnels de la cour d'appel.

Seront explicités successivement le rôle et les pouvoirs du bureau de conciliation (§ 1), du conseiller rapporteur (§ 2) et de la formation de référé (§ 3). Viendra ensuite une mise en garde contre les dangers du principe de l'unicité de l'instance (§ 4).

Black plaque (633,1)

§ 1 La conciliation

1175 L'idée de départ, assez optimiste, est de faire en sorte que les parties se concilient. Aussi, avant d'aller devant le bureau de jugement qui pourra trancher le litige, les plaideurs sont appelés à une audience de conciliation, devant le *bureau de conciliation*.

En pratique, cette audience concilie relativement peu. Elle est cependant un moment clef de la procédure. Le bureau de conciliation est en effet doté par l'article R. 516-18 du Code du travail d'importants pouvoirs pour régler la situation dans l'attente du jugement définitif et pour préparer la décision. L'article lui permet d'ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure d'instruction, même d'office et toute mesure nécessaire à la conservation des preuves ou des objets litigieux (envoyer un expert sur les lieux du travail, réclamer la délivrance de documents, de disques durs, ordonner une enquête permettant d'entendre des témoins, etc.).

Il peut aussi ordonner à l'employeur le versement de provisions sur les sommes réclamées par le salarié, lorsqu'elles ne sont pas sérieusement contestables, dans la limite de six mois de salaire (ce qui n'est pas négligeable).

Ces importantes possibilités exigent une préparation sérieuse de l'audience de conciliation (qui est trop souvent un peu rapidement évacuée). Mais aussi une meilleure prise de conscience de la part des conseillers prud'homaux des moyens qui leur sont offerts lors de cette première audience du procès prud'homal.

§ 2 Le conseiller rapporteur

1176 Le bureau de conciliation ou le bureau de jugement peuvent décider de renvoyer l'affaire à un ou deux *conseillers rapporteurs* (art. R. 516-2 et R. 516-21 C. trav.). Ce conseiller ou ces conseillers sont chargés d'instruire l'affaire, c'est-à-dire d'aller chercher eux-mêmes les preuves. La possibilité est importante : le salarié plaideur peut rencontrer des difficultés dans l'administration de la preuve. En sa qualité de demandeur, souvent, la *charge* de la preuve lui incombe. Et ce, alors même que la plupart des *moyens* de preuve (les documents comptables, les fichiers clients, l'enregistrement des pointeuses...) sont entre les mains de l'employeur.

La désignation d'un conseiller rapporteur peut cependant avoir comme conséquence de ralentir encore une procédure déjà longue.

§ 3 Le référé prud'homal

1177 Tous les conseils de prud'hommes comprennent une formation de référé. Composée à l'identique du bureau de conciliation, cette formation est le juge de l'urgence et du provisoire. Son rôle s'est considérablement accru depuis une vingtaine d'années.

1178 Ses pouvoirs sont les suivants.

Elle est d'abord le juge de l'*urgence*. Selon l'article R. 516-30 : « Dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, (...) ordonner toutes les mesures (...) que justifie l'existence d'un différend » et l'article R. 516-31 alinéa 1er de renchérir « La formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (...) pour

Black plaque (634,1)

prévenir un dommage imminent ». Le dommage imminent peut être, par exemple, le prononcé attendu d'un licenciement. C'est sur le fondement de ce dernier texte que les procédures de licenciement sont suspendues, notamment en cas de violation des attributions d'un comité d'entreprise. En cas d'urgence, l'évidence n'est pas requise.

La formation de référé est aussi le juge de l'*évidence*. Le juge des référés reçoit ainsi de l'article R. 516-30 le droit d'« ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ». L'article R. 516-31 ajoute, par son alinéa 1er, qu'il appartient au juge des référés de « faire cesser un trouble manifestement illicite ». Et l'alinéa 2 du texte précise que le juge des référés peut ordonner l'exécution d'obligations diverses, et même d'obligations de faire, lorsque « l'obligation n'est pas sérieusement contestable ». Lorsque la solution est suffisamment claire, l'exécution immédiate peut donc être ordonnée et ce, même si l'exécution n'est pas urgente.

Les pouvoirs de la formation de référé sont ainsi nettement plus grands que ceux de la formation de conciliation, même si certains pouvoirs sont communs à ces deux formations.

L'interprétation de l'évidence est assez large. Les troubles illicites sont facilement considérés comme « manifestement » illicites. C'est notamment sur cette base que sont ordonnées les réintégrations en référé des salariés dont le licenciement est nul (v. n° 500). Et bien des obligations apparaissent non « sérieusement contestables », ce qui permet notamment d'ordonner le versement de provisions.

■ 1179 La décision de référé est provisoire. Elle n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal. L'affaire pourra donc se poursuivre devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, seul habilité à clore définitivement le litige. Mais encore faut-il que l'une au moins des parties souhaite continuer le procès. Après une décision qui a qualifié son comportement ou son acte de « trouble manifestement illicite », l'employeur ne souhaite pas nécessairement continuer le procès. Quand au salarié, il se peut que la décision de référé lui ait donné toute satisfaction (il est réintégré). Ceci explique qu'en pratique, souvent, les décisions de référés suffisent à clore le litige. Elles n'ont plus alors de provisoire que le nom.

§ 4 L'unicité de l'instance

■ 1180 La règle de *l'unicité de l'instance* est extrêmement dangereuse pour des plaideurs inexpérimentés. Cette règle impose que toutes les demandes dérivant d'un même contrat de travail, entre les mêmes parties, fassent l'objet d'une seule instance (art. R. 516-1 C. trav.). Qui fait une demande au conseil de prud'hommes doit donc bien prendre garde de faire le tour de toutes ses demandes et de n'en oublier aucune. Après le jugement, toute demande entre les mêmes parties sur des faits antérieurs au jugement sera jugée irrecevable. Une demande nouvelle devra être fondée sur des faits postérieurs.

La règle a une logique : il s'agit d'éviter la multiplication des procès. On imagine un premier procès sur les congés payés, suivit d'un deuxième procès sur les heures supplémentaires, etc. Ce risque ne devrait pas pourtant être surévalué : la lourdeur d'un procès est suffisamment dissuasive en elle-même pour inciter les parties à présenter en une fois toutes leurs demandes. De plus la sanction est lourde, lorsqu'il s'agit de simples maladresses.

Black plaque (635,1)

1181

La règle de l'unicité de l'instance a ainsi permis des solutions qui n'ont rien à envier à la vision kafkaïenne du procès. Ainsi, un plaideur avait attaqué son employeur, l'URSSAF, pour obtenir sa réintégration. Il obtient une première décision de justice : l'annulation de la procédure. On lui explique à ce moment-là qu'il aurait dû mettre en cause la direction régionale de la Sécurité sociale. Il saisit à nouveau le conseil de prud'hommes, en prenant garde, cette fois, de bien mettre en cause la direction régionale de la Sécurité sociale. Mais il s'agit d'une nouvelle instance introduite sur un litige relatif au même contrat de travail, basé sur les mêmes faits... Sa seconde action en justice est donc irrecevable par application du principe de l'unicité de l'instance. Ce que la Cour de cassation lui confirme, plus de huit ans après qu'il a déposé sa première demande (Soc. 12 novembre 2003*). Justice est faite.

Black plaque (636,1)

Biblio

Sur l'inspection du travail

- J. Bessière, *L'inspection du travail*, rapport au ministre délégué aux relations de travail, La Documentation française, 2005, disponible sur www.travail.gouv.fr.
- *L'inspection du travail en 2004*, Rapport au BIT, mai 2005, 330 p. disponible sur www.travail.gouv.fr (la France doit remettre tous les ans un rapport sur l'inspection du travail au BIT, il s'agit du dernier rapport paru).
- « Sur la réforme de l'inspection du travail », controverse entre C.-E. Triomphe et P. Mériaux, *RDT* 2006. 356-361.

Sur les Conseils de prud'hommes

- M. Keller, « Licenciement économique, cassation sans renvoi, unicité de l'instance prud'homale : une mauvaise rencontre » *Dr. soc.* 2006. 1010-1016.
- E. Serverin, « L'évolution du contentieux du travail, des mots aux chiffres » *RDT* 2006. 44.
- M. Keller et T. Grumbach, « Sur l'impartialité de la juridiction prud'homale… encore ? », *Dr. soc.* 2006. 52-58.
- E. Serverin et T. Grumbach, « La campagne présidentielle, les juges et le droit social : opposabilité, vous avez dit opposabilité », *RDT* 2007. 405-406.
- E. Serverin et T. Grumbach, « L'oral et l'écrit dans la procédure prud'homale », *RDT* 2007. 468-471.

Documents

Activités de l'inspection du travail

Chiffre pour l'année 2005, extrait de *L'inspection du travail en France en 2005,* rapport au BIT, p. 135-136

Les données 2004 sont en italiques.

« Il y a eu 757 538 (*-128 875, soit -15 %*) infractions constatées suite aux interventions qui se répartissent de la manière suivante :

- 736 203 (*-122 455*) observations ont été signifiées aux chefs d'entreprises ;

- 9 629 infractions relevées par procès verbal transmis au parquet (sur les 14 793 (*-3953*) infractions recensées comme devant faire l'objet d'un procès verbal) ;

- 7 409 (*-2600*) mises en demeure ont été notifiées ;

- 4 278 (*-842*) arrêts de travaux ;

- 19 (*-54*) procédures de référés ont été initiées.

26 137 (*-8176*) décisions administratives ont été comptabilisées, dont 14 379 (*-3244*) décisions concernant la représentation du personnel qui ont donné lieu à 1 200 (*-34*) recours hiérarchiques formés devant le ministre.

(…)

Black plaque (637,1)

624 465 (*-161 403*) visiteurs ont été reçus par les sections d'inspection et les services de renseignements adossés à l'inspection du travail. Ce chiffre ne prend pas en compte le développement exponentiel des renseignements téléphoniques estimés à 1 500 000 contacts. »

NB : En ordre de grandeur, cela donne environ 750 000 observations pour 10 000 PV d'infractions, et le tout pour un peu moins de 2 000 condamnations pénales, en 2005 (v. L'inspection du travail en France en 2005, *rapport au BIT, p. 161 et 164).*

La justice prud'homale

– Unicité de l'instance

Soc. 12 novembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 279

« Attendu que M. X..., ayant travaillé pour le compte de l'URSSAF des Alpes-Maritimes dans le cadre de différents contrats de travail à durée déterminée, a saisi la juridiction prud'homale, au mois d'avril 1995, d'une demande tendant à obtenir sa réintégration ; que le conseil de prud'hommes a, par décision devenue irrévocable en date du 5 mars 1996, prononcé la nullité de la procédure pour défaut de mise en cause de la direction régionale de la sécurité sociale ; que le 21 janvier 1997, le salarié a de nouveau saisi le conseil de prud'hommes aux mêmes fins, en appelant en la cause la Direction régionale des affaires de sécurité sociale ; (...)

Mais attendu que, selon l'article R. 516-1 du Code du travail, toutes les demandes dérivant du même contrat de travail doivent faire l'objet d'une instance unique à peine d'irrecevabilité ;

Et attendu qu'ayant relevé qu'il avait été définitivement statué sur l'instance précédemment introduite par M. X... à l'encontre de l'URSSAF des Alpes-Maritimes, par un jugement irrévocable, la cour d'appel a exactement décidé que la nouvelle demande, dérivant du même contrat de travail et tendant aux mêmes fins, se heurtait à la règle de l'unicité de l'instance alors même que le jugement intervenu n'avait pas statué sur le fond mais annulé la procédure en raison de l'absence d'une mise en cause obligatoire ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs : rejette le pourvoi ».

– Oralité des débats

Soc. 14 mars 2007, pourvoi n° 05-45414, *Bull. civ.* V, n° 50

« Mais attendu d'abord, qu'en soumettant oralement ses demandes à la cour d'appel le jour de l'audience pour laquelle les parties avaient été convoquées, le salarié la requérait nécessairement de statuer sur le fond ;

Et attendu, ensuite, que les conclusions adressées par l'appelante (l'employeur) à l'intimée (le salarié) ne pouvaient suppléer à son absence à l'audience à laquelle elle avait été régulièrement convoquée ;

Par ces motifs, Casse et annule... ».

Black plaque (639,1)

Sujet terminal

Remarque : le sujet fait appel aux connaissances développées dans le présent ouvrage. Il correspond à une épreuve d'une durée de quatre heures, effectuée avec le Code du travail.

Exercice corrigé : cas pratique

Énoncé

I. M. Georges Sapé est propriétaire du grand magasin « Le chic pas cher » qui compte cent dix salariés.

Le mercredi 2 mai 2001, à 15 heures, il reçoit une délégation du personnel rigolarde qui exige le triplement des salaires et l'informe qu'ils se mettent immédiatement en grève. Le ton adopté par la délégation est si souriant que M. Sapé croit d'abord à une farce. Mais, lors de son inspection habituelle de 17 heures, il constate que tous les salariés du rayon chaussures sont partis soit une quinzaine de salariés. Le reste du personnel est resté en poste. Sur le panneau d'affichage réservé à la section syndicale CFDT est agrafée une feuille de papier sur laquelle il est écrit :

« Prenons le meilleur de la vie ! Tous en grève pour le triplement des salaires ! Et Sapé est une grosse andouille. Signé : Escarpin ».

M. Sapé s'empresse d'enlever l'affiche injurieuse. Hélas ! son geste n'est pas passé inaperçu. Deux délégués du personnel l'on vu et il comprend à leur mine réjouie qu'ils n'ignoraient rien du contenu de l'affiche.

Le lendemain matin, tous les salariés ont repris le travail. L'employeur convoque dans son bureau Mme Escarpin, déléguée syndicale CFDT, employée au rayon chaussures. Celle-ci lui avoue qu'elle et ses collègues n'ont pas pu résister à la sortie d'un film et qu'ils ont profité de leur petite « grève » pour aller le voir à la séance de 16 heures. « La tentation était trop forte », s'excuse-t-elle, « Comprenez que le matin même, le comité d'entreprise nous avait distribué des billets de cinéma gratuits, mettez-vous à notre place… ». Vert de rage, M. Sapé, lui rétorque : « Cela ne se passera pas comme ça ! Je vais vous en donner moi une meilleure vie ! Vous allez comprendre votre douleur ! ». Mme Escarpin ne se laisse pas décontenancer. « Calmez-vous, détendez-vous », lui dit-elle, « Vous n'allez rien faire de ce genre, au contraire. Je vous rappelle que j'ai quinze ans d'ancienneté et que j'ai un BTS force de vente. À diplôme et ancienneté égale tous mes collègues sont devenus chefs de rayons. Alors non seulement vous n'allez pas me rétrograder, mais vous allez vite me donner une promotion et me verser une grosse compensation financière pour tout le temps où j'ai été placée à un poste inférieur à celui qui m'était dû. Et méfiez-vous ! Si vous n'êtes pas bien gentil, je peux vous faire mettre en prison ». Avant que M. Sapé ait pu se ressaisir, elle sort, non sans lui avoir adressé un petit sourire goguenard.

Encore tremblant d'émotion, M. Sapé vient vous voir le soir même. Il veut attaquer le comité d'entreprise pour abus de pouvoir et désorganisation du travail (« des billets de cinéma ! et pourquoi pas des billets pour le cirque tant qu'on y est ! ») et licencier Mme Escarpin. Mais il est tout de même un peu inquiet des menaces proférées par Mme Escarpin. Il se demande sur quels fondements elle pourrait l'attaquer en justice et ne veut à aucun prix aller en prison. Vous le conseillez sur tous ces points en prenant garde de justifier juridiquement et avec précision vos réponses.

Black plaque (640,1)

II. Quelques jours plus tard, M. Sapé revient vous voir. Un large sourire se répand sur son visage. Il est allé voir un excellent film au cinéma et, depuis, il voit la vie en rose et n'a jamais été aussi joyeux. Il comprend mieux l'attitude de ses salariés du rayon chaussures. Mme Escarpin est désormais chef du rayon et il a même signé avec elle, le 9 mai 2007, un petit texte intitulé « Traité pour la grande paix au magasin « Le chic pas cher » (v. annexe 1).

Lorsqu'il apprend la signature de cet accord, M. Rude, délégué syndical CGT-FO qui travaille au rayon cravate, viens vous voir. Il bougonne : « Ce "traité" est une ineptie. Il y a des limites à tout ! ».

Vous lui expliquez quelle est la nature du « traité de paix » signé et quels pourraient être ses effets juridiques, selon ce qui pourrait se passer dans les prochaines semaines.

M. Rude vous informe de l'existence d'une convention d'entreprise du 13 juin 1987 (annexe 2). Il vous transmet aussi le résultat des dernières élections au comité d'entreprise (annexe 3).

- Annexe 1

Traité pour la grande paix au magasin « Le chic pas cher »

Article 1 : Les salariés déclarent la paix. Ils ne se mettront plus en grève, au moins pendant un an.

Article 2 : Il est bien entendu que M. Sapé s'engage à ne plus embaucher de salarié qui ne soit pas déjà membre de la CFDT.

Article 3 : La prime de rendement prévue à l'article 1er de la convention d'entreprise du 13 juin 1987 conduisait aux cadences infernales. Elle est donc supprimée. En échange, il sera accordé une sixième et même une septième semaine de congés payés. Vive le repos !

Entre M. Sapé, Employeur, et Madame Escarpin, déléguée syndicale CFDT

Le 9 mai 2007

(suivent les signatures)

- Annexe 2

Convention d'entreprise du 13 juin 1987

Article 1 : Une prime dite « prime de rendement » d'un montant 1 000 euros sera accordée à chaque salarié dont le chiffre d'affaires aura connu une croissance d'au moins 10 % au cours de l'année.

Article 2 : Il est accordé aux salariés cinq semaines de congés payés annuels, calculés selon les modalités prévues au Code du travail.

Article 3 : L'employeur s'engage à respecter l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

(...)

- Annexe 3

Premier tour

Premier collège : inscrits 90 ; Votants 40

Liste CFDT : 35

Liste CGT-FO : 5

Black plaque (641,1)

Deuxième collège : inscrits 20 ; Votants 10

Liste CFDT : 5

Liste CGT-FO : 5

Deuxième tour

Premier collège : inscrits 90 ; Votants 30

Liste CFDT : 20

Liste CGT-FO : 10

Deuxième collège : inscrits 20 ; Votants 6

Liste CFDT : 3

Liste CGT-FO : 3

NB : On suppose qu'aucune convention de branche n'est applicable à l'entreprise.

Corrigé

I.

A. Sur l'action du comité d'entreprise

La distribution de billets de cinéma entre dans les fonctions du CE au titre des activités sociales et culturelles du CE.

On pourra reprendre les éléments de définitions de ces activités, sans entrer dans les débats sur cette notion : il suffit de noter que la solution est claire et ne dépend pas de l'issue de ces débats.

La décision du CE ne peut donc être attaquée par l'employeur.

B. Sur le licenciement de Mme Escarpin

1. Sur la procédure

Mme Escarpin est déléguée syndicale. Une autorisation préalable de l'inspecteur du travail sera donc nécessaire pour son licenciement, sous peine de nullité du licenciement (et d'éventuelles sanctions pénales, v. ci-dessous).

2. Sur le fond

a. *Sommes-nous dans le cadre d'une grève licite ?*

L'arrêt de travail est collectif (15 salariés).

Il est à l'appui de revendications professionnelles (salaires).

Ces revendications sont peut-être déraisonnables, mais cela n'entre pas en ligne de compte.

Il s'agit donc d'une grève.

L'employeur était au courant des revendications au moins au moment de l'arrêt de travail.

L'arrêt de travail étant total il n'est guère possible de parler de modalités abusives du droit de grève (pas de très grande disproportion entre les préjudices subis de part et d'autre du fait de la grève).

Black plaque (642,1)

Il s'agit donc d'une grève licite.

De plus :

– on ne peut guère prouver que les revendications professionnelles présentées ne sont pas réelles, cela reviendrait à démontrer que les salariés ne veulent pas réellement une augmentation de leurs salaires… Ce qui apparaît très difficile ;

– si l'on prouve que la grève est principalement causée par la sortie du film et que la revendication de salaires n'était qu'accessoire, cela pourrait même ne pas suffire (v. les grèves politiques accessoirement professionnelles) ;

– la preuve de la connaissance par l'employeur des revendications devrait être facile : la présence de l'affiche, vue par les délégués du personnel servira de preuve.

b. *Conséquences de la qualification de grève licite*

Aucun licenciement n'est possible sauf faute lourde du salarié : article L. 521-1 du Code du travail (L. 2511-1 recod.).

La seule faute commise par Mme Escarpin est l'injure contenue dans l'affiche. Cette faute est une faute commise dans l'exercice de sa fonction par un délégué syndical (droit d'affichage), elle ne peut donc faire l'objet d'une quelconque mesure disciplinaire de la part de l'employeur. Le licenciement serait donc nul (et passible de sanctions pénales, v. ci-dessous).

c. *Sur les possibilités d'action pour demander un dédommagement et une promotion*

La première est celle de la preuve de la discrimination syndicale au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail (L. 1132-1 recod.), afin d'obtenir des dommages-intérêt pour l'absence de promotion passée et l'injonction d'une promotion pour l'avenir. Depuis l'admission des discriminations indirectes, il suffit au salarié de prouver la différence de traitement, ce qui dans le cas d'espèce semble facile. L'employeur devra alors prouver que la différence de traitement est, selon les termes du Code du travail « justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » (v. l'art. L. 122-45 al. 4 ; L. 1134-1 recod.). Ce qui, *a priori*, apparaît difficile.

d. *Sur les possibilités d'action pénale de Mme Escarpin*

M. Sapé peut être poursuivi pour deux infractions.

– La suppression de l'affiche syndicale

Sapé n'avait pas le droit d'arracher l'affiche.

Car il ne peut se faire justice à lui-même que dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, lequel s'arrête là ou s'arrête son pouvoir de direction. Et l'employeur est totalement dépourvu de pouvoir de direction s'agissant du contenu des affiches syndicales.

Il a ainsi commis une faute qui s'analyse en un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical.

Ce délit est puni, au maximum, d'une peine d'amende et d'un an d'emprisonnement (art. L. 481-2 C. trav. ; L. 2146-1 recod.). Cependant, en pratique, seule les infractions les plus graves sont poursuivies, et encore celles-ci ne donnent que très rarement lieu au prononcé de peines d'emprisonnement. Le risque d'aller en prison est donc en l'occurrence quasi nul. Le risque d'être véritablement poursuivi devant les tribunaux correctionnels et d'être condamné à une peine d'amende est un peu plus élevé.

Black plaque (643,1)

–La discrimination syndicale en droit pénal

L'article L. 412-2 du Code du travail (L. 2141-5 recod.), prohibe expressément la prise en compte de l'activité syndicale notamment s'agissant de « l'avancement ». En cas de violation de ce texte, l'employeur commet l'infraction prévue à l'article L. 481-3 du Code du travail (L. 2146-2 recod.), laquelle prévoit une amende et ne prévoit d'emprisonnement (un an) qu'en cas de récidive. On peut aussi penser que le délit d'entrave prévu à l'article L. 481-2 du Code du travail (L. 2146-1 recod.) est réalisé (v. les peines *supra*).

Le licenciement pour cause d'activité syndicale est, en outre, sanctionné par le Code pénal (art. 225-1 et 225-2 C. pén.), d'une peine maximale de trois ans d'emprisonnement. Mais cette peine n'est encourue qu'en cas de refus d'embauche, de sanction disciplinaire ou de licenciement.

Les discriminations indirectes ne sont pas retenues en droit pénal. Dans tous ces cas, il est nécessaire de prouver que l'acte de l'employeur avait pour cause l'activité syndicale. La preuve requise est donc plus difficile que celle exigée pour obtenir un dédommagement et une promotion. Ce qui est l'une des raisons pour lesquelles les actions civiles sont bien plus fréquentes que les actions pénales.

II.

A. Qualification de l'accord

Le traité est signé par l'employeur et un délégué syndical : c'est donc une convention collective (ou un accord collectif).

B. Validité de l'accord

Les deux délégués syndicaux représentent des syndicats présumés irréfragablement représentatifs.

En l'absence de convention de branche, la validité de l'accord d'entreprise dépend du système dit « de la majorité d'opposition » (art. L. 132-2-2, III, dernier alinéa, lequel renvoie au 2° du III de ce même article ; art. L. 2232-13 recod.).

Il a été signé par un syndicat majoritaire en bulletins exprimés au premier comme au second tour des élections. Cependant, le premier tour ne compte pas, moins de 50 % des inscrits s'étant exprimés (Soc. 20 décembre 2006). Le second tour ne compte pas non plus (ses résultats étant supposés faussés par la possible présence de listes non syndicales) : les textes précités ne visent que le premier tour. L'occasion peut permettre de critiquer ces solutions positives et espérer une évolution de la jurisprudence.

Il faut, en l'état du droit positif, appliquer les solutions qui s'imposent en cas de carence aux élections professionnelles : l'accord peut être signé par n'importe quel syndicat représentatif, mais il ne sera valide que s'il est confirmé par référendum (art. L. 132-2-2 III, al. 4 C. trav. ; L. 2232-14 recod.).

C. Force obligatoire de l'accord

L'accord n'est opposable aux salariés qu'à la condition d'avoir été l'objet des formalités de publicité requises (dépôt, affichage…).

Black plaque (644,1)

Si ces formalités sont accomplies et que l'accord est confirmé par référendum, les questions suivantes se posent, relatives à la validité et ou à l'efficacité des clauses de cet accord.

1. Sur l'article 1er du « traité »

   L'article 1er est contraire à la Constitution : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des *lois* qui le réglementent », et une convention collective n'est pas une loi. La réglementation qu'elle crée n'est donc pas opposable aux salariés.

2. Sur l'article 2 du « traité »

   Il s'agit d'une clause de *closed shop*, qui viole l'article L. 412-2 du Code du travail (L. 2141-5 recod.). Elle est par conséquent nulle.

3. Sur l'article 3 du « traité »

   Le traité est une nouvelle convention collective qui révise l'ancienne. Il n'est donc pas nécessaire de savoir si elle est plus ou moins favorable que l'ancienne, ni de se poser des questions sur l'indivisibilité de ses dispositions. L'article 3 est pleinement applicable si les conditions de validité et d'applicabilité du traité sont bien présentes.

Black plaque (645,1)

Bibliographie générale

Principaux manuels (classement par ordre d'approfondissement et par date de parution)

- A. Supiot, *Droit du travail*, 3e éd., PUF, coll. « Que sais-je », 2007.
- P.-Y. Verkindt, *Le droit du travail*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005.

***

- B. Bossu, Fr. Dumont, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, Montchrestien :
  T. 1, *Relations individuelles de travail*, novembre 2006.
  T. 2, Relations collectives de travail, réglementation du travail, juin 2007.
- A. Coeuret, B. Gauriau, M. Miné, *Droit du travail*, octobre 2006.
- Fr. Gaudu, *Droit du travail*, 2e éd., Dalloz, coll. « Cours », 2007.
- A. Mazeaud, *Droit du travail*, 5e éd., Montchrétien, coll. « Domat », 2006.
- J.-E. Ray, *Droit du travail*, *Droit vivant*, 16e éd., éd. Liaisons, septembre 2007.
- J.-M. Verdier, A. Coeuret, M.-A. Souriac, *Droit du travail,* 13e éd., Dalloz, coll. « Mémentos », octobre 2007 :
  Vol. 1, *Rapports collectifs.*
  Vol. 2, Rapports individuels.
- Fr. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, coll. « Manuels, Droit privé », mai 2007.
- B. Teyssié, *Droit du travail – Relations collectives*, 4e éd., Litec, 2005.

***

- J. Le Goff
  T. 1, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes, 2004.
  T. 2, *Droit du travail et société – Relations individuelles*, PU Rennes, 2001.
  T. 3, Droit du travail et société – Relations collectives, PU Rennes, 2002.
- J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 23e éd., Dalloz, coll. « Précis », octobre 2006.

Des approches particulières

- Fr. Gaudu et R. Vatinet, « *Les contrats du travail* », *in* J. Ghestin (dir.), *Traité des contrats*, LGDJ, 2001.
- A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. « Quadrige », 2002.
- A. Coeuret, É. Fortis, *Droit pénal du travail*, 3e éd., Litec, 2004.
- J.- P. Le Crom (dir.), Les acteurs de l'histoire du droit du travail, PU Rennes, 2004.
- J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les Grands arrêts du droit du travail*, 3e éd., Dalloz, 2004, préface de G. Lyon-Caen.

Black plaque (647,1)

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros en marge des pages du cours.

A

Abus de dépendance : 27
Abus de droit :
– et pouvoir de direction : 107
Abus de pouvoir : v. abus de droit
Accident du travail : 365-384
– en cours d'essai : 206
– maintien du salaire : 367
Accord atypique : 141
Accord collectif : 52, 708
– v. convention collective
Accords de méthode : 563-565
Acompte : 310
Acquis : 844-851
Action directe : 272-274
Action en justice :
– du délégué du personnel : 964
– de l'inspecteur du travail : 1167
– du syndicat : 690-696
Action en substitution : 693-696, 964
Action syndicale : 691-692
Activité sociale et culturelle :
– et activité syndicale : 923
– financement des – : 926-945
– gestion des – : 924
– notion : 905-923
Adaptation (droit à l'–) : 537
Affichage 700
Âge : 169
Agefiph : 169
AGS : 306
Aides ménagères : 271
Alerte :
– du comité d'entreprise : 890
– des délégués du personnel : 964
Amende : v. sanction pécuniaire
Amiable : v. rupture d'un commun accord
Anarchisme : 11
Annualisation du temps de travail : 334-335
ANPE : 186, 192
Apprentis : 297, 1043
ASSEDIC : 435, 495
Assistantes maternelles : 42
Associations de services aux personnes : 271
Associations humanitaires : 29
Associations intermédiaires : 271
Astreinte : 352-357
– contrepartie : 355-356
– et temps de repos : 353-354
– notion : 352
– régime : 355
Autorisation administrative de licenciement : 15, 18, 1142, 1153
Avantage : 71, v. faveur (principe de –)
Avertissement : 124

B

Badgeuse : 343
Bénévoles : 29
Bilan social : 882
Bonne foi : 107
Bons de délégation : 1131
Bourses du travail : 185
Bulletin de paie : 308
Bureau de placement : 184-192
Bureau international du travail (BIT) : 44
BusinessEurope : 663

C

Cadres : 6, 97, 337-339, 453, 1071
Cadres dirigeants : 340-341
– carence : 768, 773-775, 1057

Black plaque (648,1)

– collèges électoraux : 1066-1072
– contestations : 1090-1093
– électorat : 1074-1078
– éligibilité : 1079
– initiative : 1056
– listes électorales : 1080-1083
– périodicité : 1054
– ratures : 1089
– représentation proportionnelle à la plus forte moyenne : 1085-1087
– représentation proportionnelle au plus fort reste : 1088
– scrutin indirect : 1094, 1101

Catholicisme social : 12

Cause réelle et sérieuse :
– absence de – : 427
– cause exacte : 460-462
– cause existante : 459
– cause objective : 457-458
– cause réelle : 456-462, 467-468
– cause sérieuse : 463-465, 469-475
– et ordre des licenciements : 545
– incompatibilité d'humeur : 457
– insuffisance professionnelle : 459
– licenciement sans – : 492-496, 497
– mésentente : 457
– perte de confiance : 457, 1145
– preuve : 459 ; 181
– réalisation des objectifs : 464

CEEP : 663

Cession d'entreprise : v. transfert d'entreprise

CFTC : 651-652

CGPME : 658

CGT : 651-652, 659

CGTU : 652

Changement d'employeur :
– v. transfert d'entreprise
– v. mise à disposition

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 20, 162

Charte du travail : 14

Charte sociale européenne : 50, 339, 353

Chèque emploi-service universel : 271

Chômage : 435

Chômage partiel : 304, 385-388
– cas de recours au – : 386
– durée : 387
– indemnités : 385, 387-388

Chômage technique : v. chômage partiel

Chômeur : 672

CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) : 969-973, 1025
– élection : 1099-1101

CISC : 661

CISL : 660, 662

Classification : 295

Classifications : 756

Clause de forfait : v. convention de forfait

Clause de non-concurrence : 104, 210-220

Clause d'exclusivité : 104, 217

Clause d'objectifs : 464

Clause illicite (responsabilité de l'employeur) : 104

Clauses de mobilité : 101-105

Clauses d'essai : v. essai

Clauses informatives : 106

Clientèle : 35, 41, 218

Closed shop : 666

CNPF : 653

Coalition : 576

Code du travail : 51

Collectivité de travail : 1006, 1019, 1046-4048

Collège interentreprise de sécurité : 1025

Collèges électoraux : 1066-1072

Comité central d'entreprise : 1095-1098

Comité d'entreprise : 863-945
– attributions économiques : 876-903
– bilan social : 882
– composition : 865-869
– constat de carence : 551-553
– consultation sur le règlement intérieur : 131
– contribution de fonctionnement : 887
– droit de veto : 333, 343
– et négociation collective 778, 859-862
– et travailleurs temporaires : 269
– gestion prévisionnelle des emplois : 536-538
– historique : 14, 16
– information du – : 882
– ordre du jour : 874
– organisation : 870-875
– président : 866-867
– procédure de licenciement économique : 526, 548-554, 556, 558, 563
– procès verbaux du – : 140-141
– règlement intérieur du – : 872
– représentants syndicaux au – : 870, 1110-1111
– sanction de la violation des attributions économiques : 896-903

Black plaque (649,1)

– secrétaire : 871
– votes au sein du – : 865-869
– v. activités sociales et culturelles
– v. consultation
– v. délégation unique
– v. élections
– v. experts du comité d'entreprise
Comité d'entreprise européen : 980-984
– désignation : 1116
Comité d'entreprise de la société européenne : 985
– désignation : 1116
Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail : v. CHSCT
Comité de groupe : 977-978
– désignation : 1112
Comité européen des droits sociaux : 339, 353
Commerçants-salariés : 42
Commission mixte paritaire 745
Communauté de travailleurs : v. collectivité de travail
Communisme : 11
Compagnons d'Emmaüs : 27
Compensation : 309, 310
Compétitivité (sauvegarde de la –) : 572, 1145
Compte épargne-temps : 324
Concubins : 458
Condition résolutoire : 199
Conférence internationale du travail (CIT) : 44
Congé de reclassement : 547
Congé maternité : 325, 362, 392
Congé parental : 325, 362
Congé sabbatique : 325, 362
Congés annuels payés : 12, 16, 323-324, 394, 474
Conseil de l'Europe : 50, 339
Conseil de prud'hommes : 9, 12, 1169-1181
– compétence 1171-1172
– composition : 1170
– conciliation : 1175
– conseiller rapporteur : 1176
– instruction : 1175-1176
– premier et dernier ressort : 1147
– référé : 1177-1179
Conseiller du salarié : 448
Constat de carence : 551-553
Constat de désaccord : 793-794
Consultation (du comité d'entreprise) :
– domaine : 878-981
– en vue d'aboutir à un accord : 860
– procédure : 884-886
– sanctions : 894-903
Contrat de mission : 263 ; v. travail temporaire
Contrat de travail :
– définition : 26
– et conventions collectives : 77
– et faute disciplinaire : 114-116
– effet relatif : 401
– notion de – : 26-35
– objet : 91-92
– qualification de – : v. ce mot
– renouveau du – : 17, 84-88, 126-127
Contrat de travail à durée déterminée : 221-252
– accroissement temporaire d'activité : 236
– cas de recours : 235-245
– d'usage constant : 236-239
– durée : 245
– ensemble à durée indéterminée : 248, 251-252
– et emploi permanent : 240-244
– forme : 250
– grève : 640-642
– qualification : 249
– remplacement d'un absent : 236
– renouvellement : 245
– requalification : v. ce mot
– rupture : 225-229
– seuils d'effectif : 1040
– spéciaux : 176, 221-222, 236, 243
– successifs : 245
– survenance du terme : 230-233
– travail saisonnier : 236
Contrat de travail à temps partiel : v. temps partiel
Contrat de travail temporaire : v. contrat de mission
Contrat de travail unique : 176
Contrat nouvelles embauches : 176
Contrat première embauche : 176, 657
Convention collective : 66-75, 703-855
– accord collectif et – : 52
– accords de méthode : 563-565
– application combinée : 70-73
– avantage acquis : 844-851
– avantage individuel : 842-843
– conflit de – : 67-73
– dénonciation : 818-851
– de groupe : 801-805
– d'entreprise : 19, 53, 313
– dérogatoires : 75
– d'établissement : 313
– durée déterminée : 819-820
– effet impératif : 67-68, 73
– effet réglementaire : 53

Black plaque (650,1)

– effet relatif : 715-718
– élargissement : 750
– et contrat de travail : 77
– et loi : 74-75
– et usage d'entreprise : 143
– extension : 53
– formes : 728
– historique : 12, 16
– mise en cause : 764-786, 852-855
– nature : 705
– partie patronale : 712-715
– partie salariale : 722-726, 735-740
– publicité : 723-731
– remplaçante : 838, 853-855
– révision 813-817
– v. accord préélectoral
– v. convention collective d'entreprise
– v. convention collective de branche
– v. convention collective de groupe

Convention collective à durée déterminée : 819-820

Convention collective d'entreprise :
– calendrier : 791
– constat de désaccord : 793-794
– comité d'entreprise : 778
– négociateurs : 760-762
– négociation obligatoire : 790-797
– partie salariale : 764-786

Convention collective de branche :
– champ d'application géographique : 808
– champ d'application professionnel : 809-811
– négociation obligatoire : 751-757
– partie salariale : 735-740

Convention collective de groupe : 801-805

Convention collective étendue :
– effet : 719-721
– arrêté d'extension : 720, 747-749
– conclusion : 742, 746

Convention de conversion : v. conventions de reclassement personnalisé

Convention de reclassement personnalisé : 546

Corporatisme : 673

CPE : v. contrat première embauche

CSM : 662

D

DDTEFP : 1063

Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail : 45

Déclaration unique d'embauche : 195

Délai-congé : v. préavis

Délai préfix : 462

Délégation unique : 965-968

Délégué syndical 702
– absence de – : 776, 783
– désignation : 1103
– et négociation collective : 760

Délégués du personnel : 947-964
– fonctions : 951-961
– historique : 947-949
– réunion mensuelle : 963
– v. délégation unique
– v. élections

Délocalisation : 4-6

Démission : 433-436
– et prise d'acte de la rupture : 437
– préavis de – : 434
– volonté non équivoque : 436

Dénonciation :
– d'une convention collective : 818-851
– d'un engagement unilatéral : 144
– de la contribution aux activités sociales et culturelles : 915

Départ à la retraite : 439
– conditions : 439
– indemnités : 439
– préavis : 439

Départ négocié : v. rupture d'un commun accord

Dépendance économique : 31, 35

Détournement de pouvoir : 107, 122, 460-462

Dignité : 178, 311, 450

Directives européennes :
– effet direct : 64

Discipline : v. pouvoir disciplinaire

Discriminations : 20, 156-170
– directes : 156-166
– indirectes : 171
– positives : 168-170, 1083
– sanctions : 158, 498
– selon l'âge : 169, 431
– selon l'état de santé : 377-378

Dissimulation d'emploi salarié : 24, 38

Doctrine sociale de l'Église : 12, 13, 651

Droit à la limitation raisonnable de la durée de travail : 339

Droit à la participation : 704, 857, 860, 1017

Droit à la santé : 149

Droit à la vie privée : v. vie privée

Black plaque (651,1)

Droit à l'intégrité de son corps : 149
Droit à une vie familiale normale : 149, 313
Droit au travail : 540
Droit de disposer de son corps : 152
Droit de mentir : 183
Droit de participer à la gestion de l'entreprise : 149
Droit de propriété : 91
Droit disciplinaire : v. pouvoir disciplinaire
Droit européen : 16, 20, 47-48, 187-192, 318, 320, 357, 403-420
– et droit de l'OIT : 65
– et licenciement économique : 526, 536
– et transferts d'entreprise : 403-420
– supériorité du – : 63, 407
Droits de l'homme : 147-158
– et clauses du contrat : 102, 211, 216-218
– et discriminations : 161, 165
– et règlement intérieur : 135
– nullité du licenciement en violation des – : 498
– utilité économique : 5
Droits fondamentaux : v. droits de l'homme
DRTEFP : 1063
Durand (P.) : 14
Durée du travail :
– cadres dirigeants : 340-341
– de nuit : 328
– durées maximales : 315-318
– et contrat : 100
– heures supplémentaires : v. ce mot
Durée légale du travail : v. heures supplémentaires

E

Économats patronaux : 307
Économie et droit : 4-6
Effet direct des traités : 62
Égalité :
– de rémunération : 172-173
– des sexes : 5, 275, 277-278, 342, 1083
– et pouvoir : 153-154
– et travail à temps partiel : 277-278
– v. discrimination
Élections : 1053-1101
– carence : 773, 775
– deuxième tour : 774-775
Emploi :
– évolution économique : 6
Emploi fictif : 27
Employeurs : 23, 26, 266
– successifs : 413-416
– coemployeur : 23
– v. pouvoir de direction (titulaire)
Engagement perpétuel : 144, 225, 433
Engagement unilatéral : 78
– dénonciation : 144
– domaine : 139-142
– et activité sociales et culturelles : 915
– et contrat individuel : 78, 143
– et convention collective : 143
– transfert : 146
– usage d'entreprise : 142
Entité économique :
– v. entreprise
– v. transfert d'entreprise
Entrave : 665, 1118, 1154
Entreprise :
– notion d'– : 406-411
Entreprise de travail temporaire : 262
Entreprises de tendance : 164-165, 378
Entretien préalable : 125, 430, 447-451, 533
– sanctions : 489-491, 497
Époux : 458
Erreur manifeste d'appréciation : 107
Esclavage : 91, 433
Essai :
– durée : 202
– et contrat à durée déterminée : 202
– et droit du licenciement : 204-209
– finalité : 200
– point de départ : 201
– rupture abusive en cours d'– : 203
Évaluation : 179-183
Experts du comité d'entreprise
– en technologies : 889
– expert comptable : 890-893
– libre : 888
Extension : v. convention collective étendue

F

Faisceau d'indices : 34, 35
Famille du salarié : 13, 41, 458, 541
Faute disciplinaire : 114-116
– grave : 472-473
– lourde : 474
– prescription : 123

Black plaque (652,1)

Faute d'une gravité suffisante : 432, 438
Faute grave de l'employeur :
– et paiement des heures de grève : 632
– et prise d'acte de la rupture : 438
– et résiliation judiciaire : 432
Faute grave du salarié : 227, 472-473
Faute intentionnelle : v. faute lourde
Faute lourde : 267, 474, 1148, 634
Faveur (principe de –) : 59-61, 62
FEN : 654
Fiction : 76, 256, 996
FNSEA : 658
Force majeure : 226, 428, 502, v. situation contraignante
Forfait (convention de) : 336-339
– jour : 338-339
Forfait-jour : v. forfait (convention de –)
Formation :
– congé : 325
– obligation de : 536-537
Forme du contrat de travail :
– à durée indéterminée : 194, 196-197
Franchisés : 42
Front national : 676
FSM : 660-662
Fusion : v. transfert d'entreprise
Fusion d'entreprise : v. transfert d'entreprise

G

GPEC (gestion prévisionnelle des emplois et des compétences) : 536-538, 754-755
Gravité suffisante :
– fait d'une : 438
– faute d'une : 432
Grenelle (accords de –) : 16
Grève : 161, 240, 293, 390-391, 396, 577-648
– arrêt collectif : 590-593
– arrêt de travail : 585-589
– arrêt des machines : 588
– autosatisfaction : 595-597
– bouchon : 625
– comportement illicites des grévistes : 581, 633-637
– courtes et répétitives : 625
– déclenchement : 617-622
– définition : 579
– désorganisation de l'entreprise : 625
– désorganisation de la production : 625
– du zèle : 586
– effet : 627, 637
– et maladie : 390-391, 396
– générale : 612
– historique : 11
– liberté du travail 634
– modalité de la – : 391
– notion : 397
– occupation des locaux : 634
– politique : 612-615
– préavis collectif : 618
– préavis individuel : 617
– prime de surcroît de travail : 641
– protection du salarié gréviste : 500
– queux de – : 390
– remplacement des grévistes : 639-643
– responsabilité : 643-646
– revendication professionnelle : 583
– revendications nationales : 607-613
– sanction des mouvements illicites : 581
– service public : 618, 620, 631
– solidarité externe : 606-611
– solidarité interne : 598-603
– surprise : 617
– suspension du salaire : 630-632
– thrombose : 625
– tournante : 624
– v. *lock-out*
Groupe spécial de négociation : 981

H

Handicapées (personnes) : 169
Heures choisies : 330
Heures de délégation 1119-1031
– absence pour – : 1129-1131
– circonstances exceptionnelles : 1125-1126
– contestation : 1122-1126
– nombre : 1120
– rémunération : 1127-1128
Heures supplémentaires :
– annualisation du temps de travail : 334-335
– contingent annuel : 330, 331-332
– durée légale du travail : 329
– forfait (convention de –) : 336-339
– grève 595, 632
– heures choisies : 330

Black plaque (653,1)

– majorations : 331
– notion : 329
– pouvoir d'ordonner des – : 330, 351
– repos compensateur : 332-333
Horaires individuels : 343
Hygiène et sécurité : v. sécurité

I

Inaptitude physique : 364-384
– consolidation : 379
– licenciement : 382-384
– reclassement : 379-382
Incompatibilité d'humeur : 457
Indemnité compensatrice de congés payés : 474
Indemnité compensatrice de préavis : 469
Indemnité de licenciement : 470-471
Indemnité de précarité : 230-231
Individuel : 842-843
Information :
– de l'employeur : 179-180
– du salarié : 106, 194, 196-197
Informatique : 701, 151
Inspection du travail : 12, 136, 181, 195, 233, 262, 276, 315, 327, 330, 343, 355, 493, 555, 1162-1168, 1142
– action en justice : 1168
– contrôleur du travail : 1163
– fonctions : 1164
– mise en demeure : 1167
– moyens : 1166-1168
– procès-verbal : 1167
Institution : 14, 17, 108, 132
Insuffisance professionnelle : 459, 464
Intérêt collectif de la profession : 691
Intérêt général : 82, 669, 691, 1150-1153
Intermédiaire en main d'œuvre :
– v. marchandage
– v. travail temporaire
Intranet : 7014
Introduction de nouvelles technologies : 241, 386, 554, 566, 575

J

Journalistes : 42, 471
Justification :
– licenciement : 463-465
– licenciement économique : 469-475, 511-513, 569-575
– prise d'acte de la rupture du contrat de travail : 371, 383

K

Kafka : 1180

L

Labels syndicaux : 675
Légèreté blâmable : 574
Libéralisme réaliste : 17
Libéralisme utopique : 4, 8-10
Liberté : 8, 130, 153, v. droits de l'homme
Liberté contractuelle : 76
Liberté d'association : 45
Liberté d'entreprendre : 9, 152, 210
Liberté d'expression : 149
Liberté de choisir sa résidence : 151
Liberté de choisir son employeur : 420
Liberté de conscience : 151
Liberté de la concurrence : 210
Liberté de la presse : 471
Liberté de se vêtir à sa guise : 154
Liberté du travail 152, 210-212, 634
Liberté syndicale : 45, 50, 149, 665-666, 704
– négative : 666
Licenciement :
– cause réelle et sérieuse : v. ce mot
– d'un salarié accidenté du travail : 370-378
– d'un salarié inapte : 381-384
– d'un salarié malade : 370-378
– en raison de l'état de santé du salarié : 375-384
– entretien préalable : v. ce mot
– et non-renouvellement du contrat à durée déterminée : 233
– et rupture en cours d'essai : 204-209
– grève contre les – : 600
– historique : 16, 18
– indemnités : 470-471
– justification : v. cause réelle et sérieuse
– lettre de – : 452-454

Black plaque (654,1)

– nullité du – : v. ce mot
– préavis : 468-469
– priorité de réembauchage : 535
– qualification de – : 423-443
– sanctions du licenciement illicite : 486-504
– sans cause réelle et sérieuse : 492-496, 497
– v. accident du travail
– v. discrimination
– v. maladie
– v. modification du contrat de travail
– v. réintégration
Licenciement économique :
– accords de méthode : 563-565
– agencement des consultations des Livres III et IV : 554
– cause réelle : 567
– cause sérieuse : 569-570
– collectif : 506
– comité d'entreprise (rôle du –) : 551-554
– consultation du Livre IV : 536-538, 554
– consultation du Livre III : 554
– déguisé en licenciement pour motif personnel : 462
– et modification du contrat de travail : 519-527
– entretien préalable : 533, v. ce mot
– gestion prévisionnelle des emplois : 536-538
– « grand » : 517-532
– indemnités : 471, 533
– notion : 507-515
– ordre des – : 541-545
– plan de sauvegarde de l'emploi : 558-562, v. ce mot
– pluralité de motifs : 511-515
– qualification et justification : 507
– reclassement : 539-540
– sauvegarde de la compétitivité : 572
Licenciement d'un salarié protégé :
– autorisation administrative : 1132-1158
– domaine de la protection : 1135-1141
– sanctions : 1156-1158
Licenciement pour motif personnel :
– notion : 508-510
– pluralité de motifs : 511-515
– v. cause réelle et sérieuse
– v. insuffisance professionnelle
– v. licenciement
– v. pouvoir disciplinaire
Lieu de travail : 97
Livret ouvrier : 9, 309
***Lock-out* :** 647-648
Loi :
– domaine de la – : 51
– effet impératif : 74-75
– multiplication des – : 18-20, 312
Loyauté : 218, 327, 361, 455, 540
Lutte des classes : 11

M

Mai 1968 : 15
Maladie : 364-384
– indemnités journalières : 366
– maintien du salaire : 367
Maladie professionnelle : v. accident du travail
Mannequins : 42
Marchandage : 255-259
Maternité : 392, 500, v. congé maternité
Médecine du travail : 328, 379-384
MEDEF : 653
Mensonge : 183
Mensualisation : 302-303
– et maladie : 367
Mésentente : 457
Mise à disposition : 256, 273-274
– seuils d'effectifs : 1044-1048
– grève : 639
– v. marchandage
– v. travail temporaire
Mise à la retraite : 429-431
– domaine : 429
– d'un représentant du personnel : 431
– et licenciement économique : 431
– et rupture pour inaptitude physique : 431
– indemnités : 430
– procédure : 430
Mise à pied : v. sanction disciplinaire
Mise à pied conservatoire : 473
Mise à pied économique : v. chômage partiel
Mobilité : v. clauses de –
Modification dans la situation juridique de l'employeur : v. transfert d'entreprise
Modification du contrat de travail : 84-100
– changement d'employeur : 417-420
– chômage partiel : 388
– et procédure de licenciement économique : 519-527
– lieu : 97

Black plaque (655,1)

– refus : 86, 126-127
– salaire : 94-95
– substantielle ou non substantielle : 86
Modulation du temps de travail : v. annualisation du –

N

Négociation collective : 327
– droit à la – : 45, 149
– du comité d'entreprise 778, 859-862
– v. convention collective
– v. convention collective d'entreprise
– v. convention collective de branche
– v. convention collective étendue
– v. convention collective de groupe
Négociation collective européenne : 49
Néo-conservateurs : 10
Notification : 125
Notion conceptuelle : 1011
Notion fonctionnelle : 1010
Nullité d'une décision de gestion de l'employeur : 896-903
Nullité d'une sanction disciplinaire : 128
Nullité du licenciement : 158, 207, 233, 378, 380, 384, 416, 498-504
– domaine : 416, 498
– effets : 499-504
– en cas de changement d'employeur : 416
– indemnités de rupture : 499, 504
– pour raison de santé : 378
– salaires dus : 504
– salarié protégé : 1156-1158

O

Objet (licéité de l'–) : 676
Objet du contrat de travail : 91-92
Obligation de résultat : 379, 175
Occupation des locaux : 634
Œuvres sociales : 906, v. activités sociales et culturelles
OIT (Organisation internationale du travail) : 44-45, 62, 65, 185-186, 190-191, 314
ONU (Organisation des Nations unies) : 44
Ordre des licenciements : 541-545
Ordre public : 59
Organisation patronale : 653, 658, 716
– mandat des – : 714, 717

P

Pactes internationaux relatifs aux droits fondamentaux : 44, 63, 162, 339, 429
Parasubordination : 22
Paritarisme : 1169, 1170
Paternalisme : 305, 307
Pause : 346
Personne morale (écran de la –) : 256, 262, 573, 994-999, 976, 1016
Perte de confiance : 457, 114
Plan de sauvegarde de l'emploi : 558-562
– champ d'application : 516-532, 558-559
– contenu : 560-561
– conventionnel : 565
– sanctions : 562
Plan social : v. plan de sauvegarde de l'emploi
Politique :
– grève : 612-615
– syndicat : 675
Pouvoir : 80-82
– contrôle du – : 107, 121, 153-154
– rationalité dans l'exercice du – : 153-154, 172-173, 544
– source du – : 82, 87
– v. dépendance économique
– v. pouvoir de direction
– v. pouvoir disciplinaire
– v. pouvoir réglementaire
– v. subordination juridique
Pouvoir de direction : 55, 81, 329, 1104
– titulaire : 267-268, 420
Pouvoir disciplinaire : 81, 108-128
– contrôle de proportionnalité : 121
– cumul des sanctions : 123
– exercé pendant la grève : 633-637
– faute : v. ce mot
– grève contre le : 599, 601-603
– procédure : 124-125
– sanctions : v. ce mot
Pouvoir réglementaire : 55, 129
Préavis de démission : 434
Préavis de licenciement :
– dispense de – : 469
– durée : 468

Black plaque (656,1)

– effet : 468
– faute commise pendant le – : 468
– faute grave : 472-473
– indemnité compensatrice : 469
– privation du – : 472

Prescription :
– des dettes de salaires : 219, 305
– des fautes : 123

Prêt de main d'œuvre : v. marchandage

Preuve :
– de la cause réelle et sérieuse de licenciement : 460-462
– de la subordination : 23, 34-35
– des salaires : 9
– du temps de travail : 358
– du temps partiel : 381

Prime d'assiduité : 631

Prime de surcroît de travail 641

Priorité de réembauchage : 535

Prise d'acte de la rupture : 437-438

Prise d'acte de la rupture par l'employeur : 426-428
– conditions : 428
– effet : 427

Prise d'acte de la rupture par le salarié : 437-439
– faits suffisamment graves : 438
– justification : 437, 438

Privilège sur les créances de salaire : 306

Procédure prud'homale : 1173-1180

Proportionnalité : 102, 121, 152, 463, 575, 626

Protocole préélectoral : 1058-1064
– négociation : 1059-1061
– conclusion : 1062
– objet : 1064

Prud'hommes : v. Conseil de –

Q

Qualification de contrat de travail :
– caractère impératif : 23
– enjeux : 22
– salaire et – : 29
– subordination et – : v. ce mot
– travail et – : 27

Qualification du salarié : 96, 295

Qualification professionnelle : 756

R

Recherche d'emploi : 177 et s., 468

Réclamations : 951, 955-958

Reclassement :
– engagement unilatéral de reclasser : 145
– et discrimination : 157
– et inaptitude physique : 206, 379-382, 384
– et procédure de licenciement économique : 510, 539-540, 560-561, 564

Recodification : 51, 200, 250, 441, 489, 535

Recrutement :
– direct : 179-183
– intermédiaire en – : 184-192

Reçu pour solde de tout compte : 477-478

Référé : 128, 158, 219, 384, 500, 549

Référé-liberté : 964

Référé prud'homal : 1177-1179

Référé santé : 964

Registre du personnel : 195

Règlement intérieur : 78, 130-137
– contrôle : 136-137
– domaine : 133-134
– nature : 137

Régression sociale : 18-20
– et déclin du caractère impératif des sources : 57-58

Réintégration : 498-504,
– discrimination : 233
– et nullité du contrat de travail : 498-504, v. ce mot
– et transfert d'entreprise : 416, 419
– impossibilité d'opérer une – : 502-504, 562
– inaptitude physique : 379-381, 384
– licenciement économique : 462, 562
– licenciement pour motif personnel : 493

Religions : 12
– doctrine sociale de l'Église : 12, 13, 651
– personnel des – : 28

Rémunération mensuelle minimale : 304

Renonciation : 58, 84, 143, 220, 318, 417

Repos compensateur : 332

Repos hebdomadaire : 322, 338

Représentant des salariés au CA : 974-976

Représentant du personnel :
– dans la procédure de licenciement économique : 548-554
– gestion prévisionnelle de l'emploi : 536-538

Black plaque (657,1)

Représentativité : 677-688, 746
– présumée : 678-680
– preuve : 681-688
Requalification :
– bénéficiaires : 247-248
– contrat à durée déterminé : 246-248
– contrat de mission : 264
– contrat de travail à temps partiel : 279
– domaine : 250, 266, 279
– procédure de – : 246, 266
***Rerum novarum* (encyclique) :** 12
Résiliation judiciaire :
– demandée par l'employeur : 424
– demandée par le salarié : 432
Responsabilité du salarié : 474, 643
Responsabilité du syndicat : 644-646
Responsabilité *in solidum* : 646
Restructurations : 403-420
Retraite : 431
– v. départ à la retraite
– v. mise à la retraite
Rétroactivité : 1157-1158
Révolution : 11
Rôle du juge : 107
Rupture amiable : v. rupture d'un commun accord
Rupture d'un commun accord : 440-443
– absence de litige : 443
– conditions : 441-443
– et licenciement économique : 441, 546
– et règles spéciales du licenciement : 441
– et transactions : 442
– salariés protégés : 441
Rupture du contrat de travail : 421 et s.
– qualification : 371-374

S

Salaire : 294-310
– AGS : 306
– compensation : 309, 310
– élément de qualification du contrat de travail : 29
– en nature : 307
– nature contractuelle du – : 94-95
– paiement du – : 306
– prescription : 305
– privilège : 306
– saisine du – : 305
– superprivilège : 306
– v. SMIC
– v. rémunération mensuelle minimale
Salarié exposé : v. salarié protégé
Salarié protégé : 233, 485, 498
– notion : 1135-1136
– protection : 1137-1158
– v. licenciement des salariés protégés
Sanction disciplinaire :
– cumul : 123
– et démission : 436
– notion : 109-113
– pécuniaire : 118-120, 631
– proportionnée : 121
– refus de la – : 126-127
Sauvegarde de la compétitivité : 572, 1145
SDN (Société des nations) : 43
Secret : 883
Sectes : v. religions
Section syndicale : 16, 698-701
Sécurité : 115-116, 134, 174-175
Sécurité sociale : 14, 22, 366
Serf : 311, 420
Services publics : 39
Seuils : 1034-1052
– calcul 1038-1048
– passage d'un – de création : 1049
– passage d'un – de destruction : 1050-1052
Sexisme : v. égalité des sexes
Situation contraignante : 648
SMIC : 297-301, 304
– assiette : 299-301
– indexation : 298
– intégration des primes : 299-301
– montant : 297
– sanctions pénales : 297
Sociétés de secours mutuel : 365
Solidarité : v. grève
Sous-traitant : 274
Stage : 27
Subordination : 30-35
– permanente : 37
– notion : 32
– preuve : 34
– v. pouvoir de direction
SUD : 654
Superprivilège sur les créances de salaire : 306
Suspension du contrat de travail : 361-399
– concours de causes de – : 389-399

Black plaque (658,1)

– grève : 627-633
Syndicat : 649-702
– action en justice : 69-696
– confédération : 671
– d'industrie : 670
– de chômeurs : 672
– de métier : 670
– de retraités : 672
– élections : 1080
– fédération : 671
– historique (France) : 651-658
– historique (international) : 659-662
– label : 675
– majoritaire : 738-740, 767-775, 814
– mandataire spécial : 763, 780-781
– membres d'un – : 670-671
– notion : 667-676
– objet : 674-676
– représentatif : 677-688 ; 725-760
– responsabilité : 644-646
– taux de syndicalisation : 656
– v. délégué syndical
– v. liberté syndicale
– v. section syndicale
– v. représentativité

T

Taylorisme : 6
Temps de garde :
– période inactive du – : 357
– v. astreinte
– v. temps de travail (notion)
Temps de repos : 319-325, 338
– durée minimale : 321-322
– notion : 353-354
– repos hebdomadaire : 322
Temps de travail : 311-359
– annualisation du – : 334-335
– cadres dirigeants : 340-341
– historique : 10, 12, 16, 18, 19, 20
– horaires individuels ou collectifs : 343
– notion : 344-351
– pointeuse : 343
– preuve : 358-359
– répartition du – : 99, 281-282
– temps d'habillage et de déshabillage : 349
– temps de pause : 346
– temps de trajet : 347
– v. astreinte
– v. durée du travail
– v. heures supplémentaires
– v. répartition du temps de travail
Temps partiel : 275-285
– annualisé : 290-292
– durée : 287
– égalité des travailleurs à temps partiel et des travailleurs à temps plein : 277-278
– formes : 279-285
– preuve : 281
– répartition du temps de travail : 283-285, 288-289
– seuils d'effectif : 1041
Théorie contractuelle : 17, 87, 108, 109, 132
Théorie institutionnelle : v. institution
Tracts : 700
Traités :
– conflits entre – : 63-65, 187-192
– effet direct : 62
– et principe de faveur : 62
Transaction : 475-485, 496
– concessions réciproques : 479-783
– date : 484
– effet : 475-476
– nullité : 485
Transfert d'entreprise : 403-420
– domaine du maintien des contrats de travail : 403-411
– droit d'opposition : 417-420
– effet impératif : 412-420
– engagement unilatéral : 146, 412
– licenciement : 413-416
Travail :
– élément du contrat : 96
– notion : 27
Travail à temps partiel : v. temps partiel
Travail au sifflet :
– v. astreinte
– v. répartition du temps de travail
– v. temps partiel annualisé
Travail de nuit : 326-328
– des femmes (affaire du –) : 64-65, 169
– notion : 327
Travail des enfants : 5, 9, 12, 45, 341
Travail dissimulé : v. dissimulation d'emploi salarié
Travail effectif : v. temps de travail
Travail forcé : 45, 77, 82, 433
Travail intérimaire : v. travail temporaire

Black plaque (659,1)

Travail saisonnier : 236
Travail temporaire : 261-270
– action directe : 272
– cas de recours : 263-266
– contrat de – : 263-266
– contrat de mise à disposition : 267-268
– délai de carence : 266
– entreprise de – : 262
– requalification : 264
– rupture du contrat de – : 265
– sanctions pénales : 270
– utilisateur : 269
Travailleur à domicile : 41, 1039
Travailleur de droit public : 39-40, 410
Travailleur de nuit : 327

U

UNAPL : 658
UNEDIC : 435
UNICE : 663
Unicité de l'instance : 1180
***Union shop* :** 666
Unité de représentation :
– v. groupe
– v. entreprise
– v. établissement
– v. unité économique et sociale
– v. site
UNSA : 654
UPA : 658
Urgence : 75, 315, 1178
Usage d'entreprise : 78, v. engagement unilatéral
Usages de la profession : 54, 79

V

Vichy (dictature de –) : 14, 673
Vie privée : 114-115, 149, 151, 162, 182, 312, 347, 352
Vilvorde : 984
Vingt-six ans : 1043
Visite médicale : 379
VRP (voyageur représentant placier) : 42, 434

Black plaque (661,1)

Table des matières

Principales abréviations VII

Avertissement IX

TITRE 1

Situer le droit du travail 1

chapitre 1

Contextes 3

section 1

Contexte économique 5

§ 1 Un discours simpliste : le droit du travail opposé à l'efficacité économique 6

§ 2 L'utilité économique du droit du travail 6

§ 3 Perspective 7

section 2

Contextes historique et idéologique 8

§ 1 Le libéralisme utopique, contre le droit du travail 9

§ 2 La lutte des classes et l'apparition du droit du travail 11

§ 3 La théorie de l'institution et le droit du travail sous la dictature de Vichy 13

§ 4 Du second XXe siècle à nos jours, l'apparition des doctrines actuelles 15

Black plaque (662,1)

chapitre 2

Domaine 25

section 1

Enjeux 27

§ 1 Ordre public et répression pénale 27

§ 2 La recherche d'une zone grise 30

section 2

Définition du contrat de travail 31

§ 1 Un travail 31

§ 2 Un salaire 32

§ 3 Une subordination 34

A. Dépendance économique ou subordination juridique 34

B. La question de la preuve 36

section 3

Des restrictions 37

§ 1 L'article L. 120-3 (L. 8221-6 recod.) 38

§ 2 L'exclusion des travailleurs du droit public 39

section 4

Des extensions 40

chapitre 3

Sources 45

section 1

Inventaire 47

§ 1 Le niveau mondial 48

§ 2 Les niveaux européens 49

Black plaque (663,1)

A. L'Union européenne 49
B. Le Conseil de l'Europe 51
§ 3 Le niveau étatique 52
§ 4 Les conventions collectives 53
§ 5 Les usages de la profession 54
§ 6 Les normes de source patronale 55
§ 7 Le contrat individuel de travail 56

section 2
Déclin de la force obligatoire des règles du droit du travail 56
§ 1 La place des traités et du droit européen 58
§ 2 Le conflit entre deux conventions collectives 61
A. Le principe de hiérarchie inversée 61
B. L'application résiduelle du principe de faveur 62
§ 3 La convention collective et la loi 65
§ 4 Le contrat individuel et l'ordre public 68
§ 5 Situation des normes professionnelles non conventionnelles 71

TITRE 2
Pouvoir de l'employeur 79

chapitre 4
Pouvoir et contrat 81

section 1
Évolution 83
§ 1 Essor du droit au refus 83
§ 2 Exclusion du pouvoir sur le contrat 85

Black plaque (664,1)

section 2

Contenu du contrat 86

§ 1 Enjeux 87

§ 2 Objet du contrat de travail 87

section 3

Le contenu de principe du contrat 89

A. Nature contractuelle du salaire 89

B. Nature du travail 90

C. Lieu de travail 91

D. Temps de travail 91

section 4

Les clauses d'accroissement du pouvoir 92

A. Conditions de validité 93

B. Sanction de l'illicéité d'une clause 94

section 5

Les clauses d'accroissement du contrat 95

section 6

Contrôle de l'exercice du pouvoir 96

chapitre 5

Le pouvoir disciplinaire 105

section 1

Notion de « sanction disciplinaire » : le domaine du droit disciplinaire 108

section 2

Notion de faute disciplinaire 110

Black plaque (665,1)

section 3

Sanctions prohibées 112

§ 1 Les sanctions pécuniaires 112

§ 2 Les sanctions disproportionnées 113

§ 3 Les sanctions discriminatoires 114

§ 4 Interdiction du cumul des sanctions et prescription des fautes 114

section 4

Procédure 115

section 5

Le refus de la sanction 116

section 6

Sanctions d'un exercice illégal du pouvoir disciplinaire 117

chapitre 6

Le pouvoir réglementaire 123

section 1

Le règlement intérieur 125

§ 1 Nature du règlement intérieur 126

§ 2 Domaine du règlement intérieur 126

§ 3 Respect des droits de l'homme 127

§ 4 Contrôle 128

section 2

L'engagement unilatéral de l'employeur 129

§ 1 Domaine 129

§ 2 Régime 130

Black plaque (666,1)

chapitre 7

Pouvoir et droits fondamentaux 137

section 1

L'application généralisée des droits de l'être humain 139

§ 1 Étendue du contrôle 141

§ 2 Un grand potentiel 143

section 2

Les discriminations 144

§ 1 Les discriminations du premier cercle 145

A. Les critères prohibés 145

B. Du bon usage exceptionnel de critères prohibés 147

§ 2 Les discriminations du second cercle 149

A. Les discriminations positives 150

B. Les discriminations indirectes 152

§ 3 Égalité et contrôle de rationalité 153

section 3

Le droit à la sécurité 155

TITRE 3

L'accès à l'emploi 163

chapitre 8

Le recrutement 166

section 1

L'évaluation 168

§ 1 La collecte des informations 169

§ 2 L'appréciation des informations 170

§ 3 Les sanctions 170

Black plaque (667,1)

section 2

L'intermédiaire en recrutement 172

§ 1 De l'essor à l'apogée 173

§ 2 La chute 174

chapitre 9

Conclusion du contrat 181

section 1

La forme du contrat de travail 183

section 2

Clauses d'essai 185

§ 1 Nature de l'essai 185

§ 2 Finalité de l'essai 186

§ 3 Point de départ de l'essai 187

§ 4 Durée de l'essai 187

§ 5 L'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat 188

§ 6 Le maintien de certaines des règles du droit du licenciement 189

section 3

Clauses de non-concurrence 192

§ 1 Le temps, l'espace et la nature de l'activité 194

§ 2 Indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise 195

§ 3 La contrepartie financière 197

chapitre 10

Le contrat à durée déterminée 203

section 1

Contrat à durée déterminée et perte d'emploi 206

§ 1 La justification d'une rupture avant terme 206

Black plaque (668,1)

§ 2 La survenance du terme 208

section 2

Conditions légales de formation 209

§ 1 Champ du recours au contrat à durée déterminée 210

A. Liste des motifs autorisés 210

B. Prohibitions 213

C. Durée, renouvellement et contrats successifs 215

§ 2 La sanction de requalification 215

A. Bénéficiaire de la sanction 216

B. Qualification et requalification 216

C. Domaine de la requalification 217

section 3

La jurisprudence des contrats à durée déterminée formant un ensemble à durée indéterminée 219

chapitre 11

L'intermédiaire en main-d'œuvre 223

section 1

La prohibition du marchandage 225

section 2

Les prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites 229

§ 1 Le travail temporaire 229

A. L'entreprise de travail temporaire 229

B. Entreprise de travail temporaire et travailleur temporaire : le contrat de mission 230

C. Entreprise de travail temporaire et utilisateur : le contrat de mise à disposition 232

D. Travailleur temporaire et utilisateur 233

E. Sanctions pénales 234

§ 2 Les autres prêts de main-d'œuvre à but lucratif licites 234

§ 3 L'action directe : le fâcheux oubli des salariés prêtés à prix coûtant 235

Black plaque (669,1)

chapitre 12

Le contrat de travail à temps partiel 239

section 1

Égalité des salariés à temps partiel et des salariés à temps plein 242

section 2

Le formalisme du contrat et sa sanction 243

section 3

Variations de la durée et de la répartition du temps de travail 245

§ 1 Les heures complémentaires 245

§ 2 Variation de la répartition du temps de travail 246

section 4

Le temps partiel annualisé 247

TITRE 4

L'exécution du contrat de travail 253

chapitre 13

Le salaire 255

section 1

Le salaire minimum 257

§ 1 Le SMIC 258

§ 2 La mensualisation 260

§ 3 La rémunération mensuelle minimale 261

section 2

Le versement du salaire 261

§ 1 L'employeur insolvable 262

Black plaque (670,1)

§ 2 Le paiement 262
A. Mode de paiement 262
B. Le bulletin de paie 263
C. La compensation 264

chapitre 14
Le temps de travail 269

section 1
Limitation de la durée du travail 273
§ 1 Durées maximales 273
§ 2 Temps de repos minimal 274
§ 3 Spécificité du travail de nuit 276

section 2
Les heures supplémentaires 277
§ 1 Régime juridique 278
§ 2 Annualisation du temps de travail 280
§ 3 Conventions de forfait 281
§ 4 Les cadres dirigeants 284

section 3
Horaire collectif et horaires individualisés 285

section 4
Notion de temps de travail effectif 285

section 5
L'astreinte 289

section 6
Preuve 291

Black plaque (671,1)

TITRE 5

L'emploi menacé 299

chapitre 15

La suspension du contrat de travail 301

section 1

La maladie et l'accident 303

§ 1 La rupture du contrat en cours de suspension 305

A. Qualification de la rupture 305

B. Protection contre le licenciement en cours de suspension du contrat 306

§ 2 La fin de la période de suspension 308

section 2

Le chômage partiel 311

section 3

Concours de causes de suspension 312

§ 1 Une jurisprudence difficilement applicable 313

§ 2 Une jurisprudence infondée et chaotique 314

chapitre 16

Transferts d'entreprise 321

section 1

Domaine 323

section 2

Effets 327

§ 1 Un transfert imposé aux employeurs successifs 327

§ 2 Un transfert imposé aux salariés 328

Black plaque (672,1)

TITRE 6

L'emploi perdu 335

chapitre 17

Qualifications de la rupture 337

section 1

Ruptures à l'initiative de l'employeur 339

§ 1 Prise d'acte et force majeure 339

§ 2 Mise à la retraite 341

section 2

Ruptures à l'initiative du salarié 342

§ 1 Démission 343

§ 2 Prise d'acte par le salarié 344

§ 3 Départ à la retraite 346

section 3

Rupture d'un commun accord 346

chapitre 18

Droit commun du licenciement 353

section 1

Procédure 356

§ 1 L'entretien préalable 357

§ 2 La lettre de licenciement 358

section 2

La cause réelle et sérieuse 359

§ 1 Une cause première et déterminante 360

§ 2 Une cause réelle 360

Black plaque (673,1)

A. Une cause objective 360
B. Une cause existante 361
C. Une cause exacte 362
§ 3 Une cause sérieuse 363

section 3
Les suites du licenciement licite 363

§ 1 Préavis et indemnités 364
A. Préavis 364
B. Indemnités de licenciement 364
C. Faute grave 365
D. Faute lourde 366
§ 2 Transaction 366
A. Transaction et reçu pour solde de tout compte 367
B. Concessions réciproques 368
C. Date de conclusion 369
D. Nullité de la transaction 370

section 4
Sanctions du licenciement illicite 370

§ 1 Sanctions de principe 371
A. En présence d'une cause réelle et sérieuse 371
B. En l'absence de cause réelle et sérieuse 372
§ 2 Exceptions aux sanctions de principe 373
§ 3 La nullité du licenciement 373

chapitre 19
Le licenciement économique 381

section 1
Domaine 383

§ 1 Notion de licenciement « économique » 383

Black plaque (674,1)

§ 2 Le « grand » licenciement économique 386

A. Le grand projet 386

B. Le grand effet 390

section 2

Questions communes à l'ensemble des licenciements économiques 391

§ 1 La gestion prévisionnelle des emplois 392

§ 2 Le droit au reclassement 393

§ 3 L'ordre des licenciements 394

§ 4 Les conventions proposées à l'occasion de la rupture 396

section 3

Questions communes à l'ensemble des licenciements collectifs 397

§ 1 L'absence de représentation du personnel 400

§ 2 L'agencement des Livres III et IV (P1 et P2 recod.) 401

section 4

Questions spécifiques aux grands licenciements collectifs 402

§ 1 Le plan de sauvegarde de l'emploi 402

A. Contenu 403

B. Sanctions 404

§ 2 Les accords de méthode 405

section 5

La cause économique réelle et sérieuse 406

§ 1 Le réel par opposition au sérieux 406

§ 2 Le sérieux de la cause économique 407

A. Nécessité de la mesure qui cause les licenciements 408

B. La proportionnalité des licenciements au but recherché 409

Black plaque (675,1)

TITRE 7

Les salariés coalisés 417

chapitre 20

La grève 419

section 1

Définition 422

§ 1 Un arrêt total du travail 423

§ 2 Un mouvement collectif et concerté 424

§ 3 Absence de contrôle du caractère raisonnable des revendications 425

§ 4 Disqualification des grèves d'autosatisfaction 426

§ 5 Prohibition des grèves de solidarité interne 427

§ 6 Les grèves dirigées contre des tiers au contrat de travail 429

A. Grève de solidarité externe 429

B. Grève générale et grève politique 430

section 2

Modalités de la grève 432

§ 1 Déclenchement de la grève : validité des grèves surprise 432

§ 2 L'organisation des arrêts de travail 433

section 3

Effets de la grève 435

§ 1 Suspension du salaire 435

A. Proportionnalité de la perte de salaire à la durée de l'arrêt de travail 435

B. L'exceptionnel paiement des heures de grève 436

§ 2 Suspension du pouvoir disciplinaire, sauf faute lourde 436

A. Notion de faute lourde 437

B. Étendue du pouvoir disciplinaire en cas de faute lourde 437

section 4

Les ripostes patronales 438

§ 1 Le remplacement des grévistes 438

Black plaque (676,1)

§ 2 Actions en responsabilité délictuelle 439
§ 3 Prohibition du *lock-out* 440

chapitre 21
Le syndicat et ses représentants 445

section 1
Histoire et actualité du syndicalisme 447
§ 1 Le syndicalisme français 447
§ 2 L'unité retrouvée du syndicalisme mondial 450
§ 3 Le syndicalisme européen 451

section 2
Liberté syndicale 451

section 3
Notion de « syndicat » 452
§ 1 Membres 452
§ 2 Objet 454

section 4
Représentativité 454
§ 1 Champ de la présomption irréfragable de représentativité 455
§ 2 La représentativité prouvée 455

section 5
Prérogatives 457
§ 1 L'action en justice 457
§ 2 Le syndicat dans l'entreprise 459
A. La section syndicale 459
B. Le délégué syndical 460

Black plaque (677,1)

TITRE 8

Les conventions collectives 465

chapitre 22

Formation et champ d'application des conventions collectives 467

section 1

Règles générales 470

§ 1 Du côté des employeurs 470

A. Les principes : liberté et effet relatif 470

B. L'exception : les conventions collectives étendues 472

§ 2 Du coté des salariés 472

§ 3 Formes et publicité 473

section 2

Négociation et conclusion des conventions de branche 475

§ 1 Exigences sur la partie salariale 475

A. Le principe 475

B. L'exception 476

§ 2 L'extension d'une convention collective 477

A. Conventions susceptibles d'extension 477

B. L'arrêté d'extension 479

§ 3 L'élargissement d'une convention collective 480

§ 4 Les obligations de négocier 480

section 3

Négociation et conclusion des conventions d'entreprise 481

§ 1 Les négociateurs 482

A. Le principe 482

B. L'exception 483

§ 2 Exigences sur la partie salariale 483

A. Le principe : la majorité d'opposition 484

Black plaque (678,1)

B. L'exception : la majorité d'adhésion... sauf référendum 484
C. En cas de carence d'élections professionnelles 485
D. En l'absence de délégué syndical 486
E. Un système à perfectionner et à simplifier 488
§ 3 La négociation obligatoire dans l'entreprise 489
A. Organisation de la négociation annuelle 489
B. Domaine de la négociation annuelle 490
C. Les autres négociations obligatoires 491
D. Sanction des négociations obligatoires 491

section 4
Négociation et conclusion de conventions de groupe 492

section 5
Champ d'application 493
§ 1 Situation géographique 493
§ 2 Activité principale 494

chapitre 23
Modification et destruction des conventions collectives 499

section 1
Révision 501

section 2
Dénonciation 502
§ 1 Exclusion des conventions à durée déterminée 502
§ 2 Auteurs de la dénonciation 502
§ 3 Formes de la dénonciation 505
§ 4 Effets de la dénonciation 505
A. Négociation obligatoire 505

Black plaque (679,1)

B. Maintien en vigueur provisoire 506
C. Conservation des avantages individuels acquis 507

section 3
Sortie du champ d'application 509

TITRE 9
Les institutions représentatives 515

chapitre 24
Le comité d'entreprise 517

section 1
Composition et fonctionnement 519
§ 1 Composition et droits de vote 519
§ 2 Organisation 520

section 2
Attributions économiques 521
§ 1 Teneur 522
A. Domaine de l'information-consultation 522
B. Les informations dues 523
C. La procédure de consultation 523
§ 2 Moyens 524
§ 3 Sanctions 526

section 3
Activités sociales et culturelles 528
§ 1 Étendue 528
A. Exclusion des régimes de protection complémentaires obligatoires 530
B. Exclusion du salaire 530
C. Les autres obligations de l'employeur 531
D. Activités économiques et activités syndicales 533

Black plaque (680,1)

§ 2 Moyens 534
A. Les deux seuils légaux 534
B. Le seuil réglementaire 536

chapitre 25

Les autres représentants du personnel 543

section 1

Le délégué du personnel 545

§ 1 Fonctions 546
A. Réclamations et revendications 547
B. Exigence d'un lien direct 548

§ 2 Moyens 549
A. La réunion mensuelle 549
B. Alerte, référé-liberté et référé-santé 549

section 2

La délégation unique 550

section 3

Le CHSCT 550

section 4

Les représentants des salariés au sein des organes dirigeants de la société employeur 552

section 5

Le comité de groupe 553

section 6

Les comités européens 553

§ 1 Le comité d'entreprise européen 553
§ 2 Le comité de la société européenne 554

Black plaque (681,1)

chapitre 26

Désignation et élection des représentants 559

section 1

Unité de représentation 562

§ 1 L'entreprise 563

A. Entreprise et personnalité morale 563

B. Entreprise et unité économique et sociale 564

§ 2 L'établissement 567

A. Des intérêts propres 568

B. Sous la direction d'un représentant de l'employeur 569

C. Le nécessaire passage des seuils 569

D. L'appartenance à une seule entreprise 570

§ 3 Le site 571

§ 4 Le groupe 572

section 2

Seuils d'effectifs 574

§ 1 Le calcul de l'effectif 575

§ 2 Le passage d'un seuil de création 577

§ 3 Le passage d'un seuil de destruction 577

section 3

Élections au suffrage direct 578

§ 1 Initiative et carence 579

§ 2 Protocole préélectoral 579

§ 3 Électeurs et candidats 581

A. Division des électeurs et des candidats : les collèges électoraux 581

B. Les électeurs 582

C. Les candidats 583

§ 4 Détermination des élus : le scrutin 584

§ 5 Contestations 585

Black plaque (682,1)

section 4

Élections au suffrage indirect 586

§ 1 Élections au comité central d'entreprise 586

§ 2 Élections au CHSCT 587

section 5

Désignations par les syndicats 588

§ 1 La désignation des délégués syndicaux 588

§ 2 La désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise 589

§ 3 La désignation des représentants au comité de groupe et aux comités du droit européen 590

chapitre 27

Statut des représentants 595

section 1

Les heures de délégation 597

§ 1 La contestation des heures de délégation normales 598

§ 2 La contestation des heures de délégation exceptionnelles 599

§ 3 La rémunération due 600

§ 4 Le droit de s'absenter 601

section 2

La protection contre le licenciement 602

§ 1 Champ d'application de la protection 602

A. Personnes protégées 602

B. Actes contrôlés 603

§ 2 L'autorisation de l'inspecteur du travail 605

A. Justifications du licenciement 605

B. Le refus au nom de l'intérêt général 607

§ 3 Sanctions 608

Black plaque (683,1)

TITRE 10

La puissance publique 613

chapitre 28

L'inspection du travail 615

section 1

Fonctions 617

section 2

Moyens 618

chapitre 29

Le conseil de prud'homme 619

section 1

Composition 621

section 2

Compétence des conseils et effet relatif des jugements 621

section 3

Procédure 622

§ 1 La conciliation 623

§ 2 Le conseiller rapporteur 623

§ 3 Le référé prud'homal 623

§ 4 L'unicité de l'instance 624

Bibliographie générale 635

Index alphabétique 637

Table des matières 651

Table des compléments pédagogiques 675

Black plaque (684,1)

Black plaque (685,1)

Table des compléments pédagogiques

Biblio, Document(s), Quiz (Test de connaissances), Sujet(s) corrigé(s), Sujet terminal.

chapitre 1

Contextes 19 à 23

chapitre 2

Domaine 42 à 44

chapitre 3

Sources 72 à 77

chapitre 4

Pouvoir et contrat 98 à 103

chapitre 5

Le pouvoir disciplinaire 119 à 121

chapitre 6

Le pouvoir réglementaire 133 à 136

chapitre 7

Pouvoir et droits fondamentaux 158 à 162

chapitre 8

Le recrutement 177 à 180

Black plaque (686,1)

chapitre 9
Conclusion du contrat 200 à 202

chapitre 10
Le contrat à durée déterminée 221 à 222

chapitre 11
L'intermédiaire en main-d'œuvre 236 à 238

chapitre 12
Le contrat de travail à temps partiel 250 à 252

chapitre 13
Le salaire 266 à 267

chapitre 14
Le temps de travail 292 à 298

chapitre 15
La suspension du contrat de travail 317 à 319

chapitre 16
Transferts d'entreprise 330 à 334

chapitre 17
Qualifications de la rupture 349 à 351

chapitre 18
Droit commun du licenciement 377 à 380

chapitre 19
Le licenciement économique 410 à 415

Black plaque (687,1)

chapitre 20
La grève 441 à 444

chapitre 21
Le syndicat et ses représentants 461 à 463

chapitre 22
Formation et champ d'application des conventions collectives 496 à 498

chapitre 23
Modification et destruction des conventions collectives 511 à 513

chapitre 24
Le comité d'entreprise 539 à 541

chapitre 25
Les autres représentants du personnel 556 à 557

chapitre 26
Désignation et élection des représentants 592 à 593

chapitre 27
Statut des représentants 610 à 612

chapitres 28 et 29
L'inspection du travail et le conseil de prud'homme 626 à 627

Sujet terminal 629 à 634

Black plaque (689,1)

Cet ouvrage a été composé
par IGS-CP à L'Isle-d'Espagnac (16)