La qualification du contrat de travail obéit au principe de réalité (par rapport à des données de fait).

• Que faut-il caractériser ?

L'existence d'un pouvoir. **Cass 13 nov. 1996 Société Générale** a défini le lien de subordination juridique : il est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

Utilisation de la méthode du faisceau d'indices : relever l'ensemble des conditions de l'exercice de l'activité et analyser chacune pour voir si c'est un indice permettant de caractériser le lien de subordination.

Indices :

Modalités d'exercice de la prestation : y a-t-il une édiction fréquente de directives, d'ordres, consignes sur la manière de travailler, pouvoir de sanction (notamment de rupture du contrat).

Beaucoup de travailleurs disposent d'une grande liberté dans l'exécution de leur travail. Ca n'est pas forcément incompatible avec le salaria. On regarde alors le cadre dans lequel s'exerce la prestation : dans le cadre d'un service organisé. **Cass Société Générale** : le fait que le travail s'exécute au sein d'un service organisé est un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

Ex : avocat : pas beaucoup de consignes, horaires assez libres… travailleur indépendant ? ON fait appel à des indices **subsidiaires** :

- le type de rémunération : rémunération au temps est un indice de salaria (**Cass soc. 22 mars 2006**) vs à la pièce, à la production.

- tous les éléments du contrat qui instaurent une exclusivité, une dépendance économique : clause d'exclusivité (**cass soc. 15 mars 2006**), impossibilité de développer une clientèle personnelle (avocats collaborateur, **cass soc. 12 fév. 1999**).

Méthode : indifférence de la qualification des parties, société générale, indices.

• La présomption de non salaria

Article **L120-3** CW (loi 1994 ; abrogée en 1998, restaurée par loi 2 août 2003) : les pers immatriculées à un registre professionnel sont présumées ne pas être liées au donneur d'ordre par un contrat de travail, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation. C'est une présomption simple : l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque la prestation place la pers dans un lien de subordination juridique à l'égard du donneur d'ouvrage.

Cass : prive de portée cette disposition (l'analyse des conditions concrète n'est pas différente) : **soc 8 juil. 2003** : dès lors que les conditions de l'exercice de l'activité permettent de caractériser un lien de subordination juridique, il y a contrat de travail, peu importe l'immatriculation.

• Les contrats qualifiés de contrat de travail par détermination de la loi

Livre VII du code du travail : concernent les travailleurs à domicile, les VRP, les journalistes, mannequins, artistes et les conjoints qui participent à l'entreprise de leur époux. Ce sont des hypothèses où il est difficile de caractériser le lien de subordination juridique avec les critères classiques mais ce sont de travailleurs qui sont dans une très grande dépendance économique : il y a certaines conditions fixées par la loi.

- Ex : L751-1 : VRP : le contrat conclu avec le VRP est un contrat de travail lorsque trois conditions sont remplies : activité exclusive et constante, le VRP n'effectue pas d'opération pour son compte et le contrat détermine une zone d'activité.

- Ex : L784-1 : le conjoint qui participe à l'entreprise de son époux : il existe un contrat de travail dès lors qu'il participe à titre professionnel et habituel à l'entreprise de son époux et qu'il perçoit une rémunération au moins égale au smic.

(Si on a un tel contrat en cas pratique, appliquer société générale plutôt que le livre VII, mentionner ces dispositions).

Titre II - La formation du contrat de travail

L121-1 : Le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun, il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter (donc pas écrit obligatoire).

Section 1 – Les opérations de recrutement

L122-45 : prohibe les discriminations et interdit au chef d'entreprise de prendre en compte certaines caractéristique du candidat au moment de l'embauche (origine, sexe, mœurs, état de santé…).

L121-6 à L121-10 :

- L121-7 et 8 : relatifs aux méthodes de recrutement utilisées par l'employeur et dispositif de collecte d'information mis en place par l'employeur au moment de l'embauche. Ces articles exigent que ces dispositifs soient portés à la connaissance du candidat à l'embauche.

- L121-6 : concerne les informations qui peuvent être demandées au candidat lors de l'embauche. Cet article précise que ces informations ne peuvent avoir pour finalité que d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles.

Aujourd'hui, pas d'arrêt de cass qui applique ces dispositions. D'autre part, le texte ne prévoit pas les sanctions donc pb d'effectivité.

Mais L121-6 peut avoir une certaine importante concernant l'appréciation des vices du consentement lors de la formation du contrat de travail.

Section 2 – Les vices du consentement

Pour le salarié il n'y a aucun intérêt à invoquer un vice du consentement (nullité). En pratique, c'est l'employeur qui l'invoque. L'existence d'un vice du consentement lui permet de demander la nullité : le contrat de travail n'a jamais existé donc on écarte les règles de droit

du travail, notamment celles relatives à la rupture du contrat de travail. Ex : le salarié m'a menti sur ses capacités, dol du salarié lors de la formation du contrat.

La jpc est plutôt réticente à admettre l'existence d'un dol : L122-45 et L121-6 :

- **L122-45** interdit la discrimination, notamment interdit à l'employeur de prendre en considération certaines caractéristiques du salarié. Si le salarié ment sur ces points là, ce ne sera jamais constitutif d'un dol. (ex : aptitudes physiques diminuées, handicap). **Cass 21 sept. 2005** : les renseignements sur l'état de santé du candidat à l'emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail chargé de l'examen médical d'embauche. L'employeur qui décide que le salarié prendra ses fonctions avant l'examen médical d'embauche, ne peut se prévaloir d'un dol s'agissant d'informations que le salarié n'a pas à lui révéler. (Idée : faire passer l'examen médical d'embauche avant la conclusion du contrat de travail).

NB : L122-45 s'applique à la période d'essai.

- **L121-6** : les informations, en dehors de celles qui relèvent de L122-45, demandée par l'employeur lors de l'embauche doivent présenter un lien direct avec l'emploi proposé ou l'examen des aptitudes professionnelles. Le mensonge du salarié ne sera pas constitutif d'un dol. Si lien direct, L121-6 dit que le salarié doit répondre de bonne foi. Son mensonge pourrait alors être constitutif d'un dol.

Le silence gardé par le salarié sur une information dont il savait qu'elle pouvait être déterminante pour la conclusion du contrat peut-il être qualifié de réticence dolosive ? Non : **cass 3 juil. 1990** : c'est à l'employeur de demander des informations. L'employeur qui ne s'informe pas commet une erreur inexcusable.

Question des CV mensongers : cass est très réticente à admettre le dol. Il faut que les mentions du CV caractérisent une véritable manœuvre de la part du salarié. **Soc 16 fév. 1999** : ne constitue pas une manœuvre frauduleuse une information imprécise et susceptible l'interprétation erronée.

Même si on montre une véritable manœuvre, l'employeur doit rapporter la preuve du caractère déterminant du mensonge. Cass est très réticente pour admettre le caractère déterminant. Ex d'admission du dol : **soc. 17 oct. 1995** : prof d'une école de commerce qui avait menti sur ses diplômes. Cass admet le caractère déterminant.

En pratique, le juge refuse dès lors que malgré le mensonge, le salarié avait les compétences nécessaires pour exercer l'activité.

NB : si le salarié a menti, il n'a pas à être puni en étant privé de son droit à la formation.

Section 3 – La période d'essai

But : permettre aux parties d'examiner si al relation de travail est en mesure de se prolonger et d'apprécier l'aptitude et les capacités du salarié. C'est une mise à l'écart temporaire des règles relatives à la rupture du contrat de travail. Chaque partie peut rompre unilatéralement le contrat de manière discrétionnaire. La rupture est alors immédiate et sans indemnité.

§ 1 – L'institution de la période d'essai

L'essai doit être prévu dans le contrat de travail ou éventuellement par une CC qui se suffit à elle-même. L'essai en peut pas être prévu par usage (**Soc 23 nov. 1999**).

A – A quel moment peut-on instituer une période d'essai

L'essai se situe obligatoirement au commencement de la relation de travail. Les parties ne peuvent en différer le début (**soc. 25 fév. 1997** : salarié qui commence son contrat par une période de formation, cass dit que l'essai commence au début de cette période de formation. 2ème arrêt : embauché avant l'ouverture d'un magasin).

Il peut y avoir une prorogation de la durée de l'essai si le contrat est suspendu en cours de période d'essai.

B – Peut-on prévoir une période d'essai quand on change les fonctions du salarié en cours de contrat ?

Cass 30 mars 2005 (3 arrêts) : en présence de deux contrats successifs entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat de travail, la période d'essai dans le second contrat ou dans l'avenant est une période probatoire dont la rupture replace le salarié dans ses fonctions antérieures. Si on rompt le contrat de travail, on applique le droit du licenciement. La période probatoire évite que le salarié n'oppose ensuite une modification du contrat de travail.

C – L'hyp du CDI conclu après un CDD

L122-3-10 : La durée du CDD est prise en compte dans le calcul de la période d'essai. (Ex : CDD d'un an puis CDI : pas de période d'essai).

Cass est très réticente à admettre une période d'essai lorsque l'employeur a déjà eu le temps d'apprécier les capacités du salarié. Cf. **Soc. 28 sept. 2005**.

§ 2 – Durée de la période d'essai

Il faut distinguer CDD et CDI :

- CDD : la loi fixe des durées maximales : L122-3-2 : un jour par semaine dans la limite de 2 semaines quand le contrat est inférieur ou égal à 6 mois et un mois lorsque le contrat est supérieur à 6 mois.

En cas de période d'essai de 2 jours le calcul s'effectue en jour calendaire et non pas travaillé (soc 29 juin 2005).

- CDI : appréciation au cas par cas. Les parties sont libres de fixer la durée de la période d'essai. Généralement, les CC prévoient des durées max selon le type d'emploi occupé. Limite : la durée de la période d'essai ne doit pas être excessive eu égard aux fonctions que l'intéressé doit exercer. Elle doit être limitée au tps nécessaire pour apprécier les capacités du salarié à exercer les fonctions qui lui sont confiées. Si la période d'essai a été excessive, la rupture s'analysera en un licenciement.

Question du renouvellement de la période d'essai : **Soc 10 janv. 2001** : 2 conditions cumulatives :

- la possibilité de renouvellement doit être prévue par le contrat de travail ou la CC
- il doit donner lieu à un accord express du salarié. Il ne peut pas résulter de la seule poursuite du contrat.

§ 3 – La rupture du contrat de travail en cours de période d'essai

Le principe : l'employeur peut discrétionnairement mettre fin à la relation de travail avant expiration de la période d'essai. Aucun formalisme à respecter.

Exception : l'employeur en doit pas commettre d'abus de droit en rompant la période d'essai. La charge de la preuve pèse sur le salarié. Hyp d'abus de droit :

- l'employeur rompt le contrat de travail sans avoir mis le salarié en mesure d'exercer ses aptitudes.

- le salarié démontre que l'employeur n'a jamais eu pour intention de continuer le contrat au-delà de la période d'essai.

- Soc 5 mai 2004 : salarié âgé de 45 ans venait de démissionner et était en période de formation = pas en mesure d'exercer ses aptitudes => d&î.

Attention : rupture abusive donne droit à des d&î en fonction du préjudice subi.

• Arrêts récents :

- **Soc 16 fév. 2005** : les dispositions de L122-45 sont applicables en période d'essai. Si la rupture pendant la période d'essai a un caractère discriminatoire, la rupture est **nulle (et pas seulement abusive)**. Jpc a tendance à appliquer le régime de la nullité du licenciement. En pratique, l'existence d'une discrimination est très difficile à démontrer. (Espèce : salarié malade pendant la période d'essai. Juges décident que la rupture est manifestement due à son état de santé)

- **Soc 10 mars 2004** : l'employeur n'a pas à justifier la rupture. Si l'employeur justifie la rupture par des fautes commises par le salarié. C'est alors une sanction disciplinaire donc l'employeur doit appliquer le droit disciplinaire. Cass : si la rupture de la période d'essai est justifiée par un motif disciplinaire, l'employeur doit appliquer la procédure disciplinaire. Si l'employeur ne met pas en œuvre cette procédure, le salarié aura droit à des d&î.

Section 4 – Clauses particulières du contrat de travail

§ 1 – Les clauses attentatoires aux libertés et droits fondamentaux du salarié

Elles sont soumises à une double condition posée par **L120-2** : toute atteinte au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.

2 conditions :

A – Principe de pertinence

Vérifier si la situation de l'entreprise ou les fonctions du salarié justifient la restriction (appréciation concrète). Utilité pour la préservation des intérêts de l'entreprise.

Ex : en matière de clause de domiciliation : le domicile est l'un des éléments de la vie privée donc il y a atteinte à un droit fondamental avec une telle clause.

Ex : **Soc. 12 janv. 1999** : clause nulle si l'employeur ne démontre pas en quoi il est nécessaire que le salarié ait son domicile près de son lieu de travail.

Ex : **soc. 12 juil. 2005** : nécessité de bon intégration de l'avocat dans l'environnement local ne justifie pas une atteinte à la liberté de choisir son domicile.

B – Principe de proportion au but recherché

On regarde l'ampleur de l'atteinte : elle ne doit pas être excessive mais limitée à ce qui est nécessaire pour assurer la préservation des intérêts de l'entreprise. L'atteinte ne doit pas conduire à priver totalement le salarié de son droit fondamental.

Ex : **soc. 11 mai 2005** : clause d'exclusivité : cette clause ne peut pas être pise en place dans un contrat à temps partiel : atteinte disproportionnée à la liberté du travail.

C – La clause de non-concurrence

Elle interdit au salarié d'exercer une activité concurrente de celle de l'employeur après la rupture du contrat de travail. C'est une clause attentatoire au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle.

1. Conditions de validité

Soc 10 juil. 2002 : il pose 4 conditions cumulatives :

- la CNC n'est licite que si elle est **indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise**. A défaut, la clause est nulle. On doit démontrer que les intérêts de l'entreprise vont se trouver en danger si l'ex salarié va travailler pour une entreprise concurrente. **2 hyp** où c'est admis : hyp où le salarié acquiert dans l'entreprise une compétence technique particulière et hyp où le salarié a des contacts avec la clientèle (montrer que le départ du salarié pour l'entreprise concurrente risque d'entraîner un détournement e la clientèle. Ex d'admission : garçon de café, coiffeur). En aucun cas la clause ne peut être stipulée dans le but de fidéliser le salarié (le dissuader de quitter l'entreprise.

- La CNC doit **être limitée dans le tps et l'espace**. Appréciation au cas par cas. Limitée à ce qui est nécessaire pour préserver les intérêts de l'entreprise

- La CNC **ne doit pas empêcher le salarié d'exercer un emploi** correspondant à son expérience professionnelle ou à sa formation (assez large).

- La CNC doit être assortie d'une **contrepartie financière** pour le salarié (soc 10 juil. 2002). Particularité de la CNC : vocation à s'exécuter au moment où le contrat de travail est rompu. Cette contrepartie tient lieu de cause à l'obligation de non concurrence. Nature : indemnité compensatrice. Cass précise que cette contrepartie est due au salarié quelles que soient les circonstances de la rupture (**soc 19 oct. 2005** : faute grave). Par ailleurs, la CNC qui limite la contrepartie financière à seulement certains cas de rupture est **nulle** (**soc 31 mai 2006**).

2. Sanctions des conditions de validité

Quand il n'y a pas d'intérêt légitime ou quand il n'y a pas de contrepartie financière, la clause est nulle. C'est une clause illicite. Qui peut se prévaloir de cette nullité ? Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la CNC. = ni l'employeur (**soc 25 janv. 2006**), ni l'entreprise concurrente (**soc 2 fév. 2006**) ne peuvent s'en prévaloir.

Il se peut que la clause nulle insérée dans le contrat de travail ait créé un préjudice pour le salarié. Lorsque le salarié subit un préjudice du fait de l'insertion d'une CNC illicite, il a droit à une réparation en d&î (**soc 29 avril 2003**).

Question : CNC sans contrepartie financière et il l'exécute. Demande à être indemnisé. Cass **soc 11 janv. 2006 et 22 mars 2006** : le respect d'une CNC illicite cause nécessairement un préjudice au salarié.

Il peut arriver qu'il y ait une contrepartie mais que a clause se révèle excessive (trop étendue dans le tps et dans l'espace, ou empêche le salarié de trouver un emploi qui correspond à sa formation). Cass : la clause n'est pas nécessairement nulle : le juge peut réduire la clause. Le juge peut réduire la clause dans le tps, l'espace ou ses autres modalités (**soc 18 sept. 2002**).

3. Les effets de la CNC

La clause s'applique quel que soit le type de rupture, même si la rupture est un licenciement sans cause réelle et sérieuse (**soc 22 oct. 1999**) et même si le salarié n'est pas en mesure de faire de la concurrence à l'employeur (ex : préretraite : **soc 19 oct. 2005**).

Sanction du non respect de la CNC par le salarié : sanctions classiques de la violation du contrat de travail :

- Possibilité d'obtenir l'exécution forcée sous astreinte (**soc 10 déc. 1996**).
- Perte du droit à la contrepartie financière (**soc 25 fév. 2003**) : le salarié ne peut demander contrepartie que pour la période où il a respecté son obligation.
- Le salarié engage sa responsabilité contractuelle sur le fondement de 1147. Souvent il y a une clause pénale dans le contrat (non respect => versement d'une indemnité par le salarié).

L'employeur peut-il renoncer à la CNC ? Cass admet la validité de cette renonciation à 2 conditions (**soc 3 juil. 2002, 8 juin 2005**) :

- renonciation doit être prévue au contrat

- elle doit s'exercer dans un délai restreint à compter de la rupture

Hyp où l'employeur se réserve la possibilité au moment de la rupture de prévoir une CNC : cass : cette clause est nulle (**soc 22 janv. 2003**). Le salarié peut demander des d&î en raison de l'incertitude dans laquelle il a été placé quant à sa liberté de travailler.

§ 2 – La clause de dédit formation

En principe, les clauses qui visent à dissuader le salarié de quitter l'entreprise en lui demandant de payer ou rembourser de certaines sommes en cas de démission sont nulles. Atteinte injustifiée à la liberté du travail (**soc 18 avril 2000**).

Ces clauses ne sont valables que si elles sont la contrepartie d'une formation onéreuse. S'il ne respecte pas son engagement, le salarié s'engage à payer une indemnité de dédit.

La clause est soumise à 2 types de conditions :

- conditions de formes (**soc 4 fév. 2004**) : convention particulière conclue avant le début de la formation, qui précise la date, la durée et le montant de la formation pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités de remboursement pour le salarié.

- **soc 5 juin 2002** : 3 conditions : elle doit viser à assurer une formation entraînant des frais supérieurs aux obligations légales et conventionnelles de l'employeur ; l'indemnité de dédit ne doit pas être disproportionnée par rapport au montant de la formation ; elle ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner (appréciation au cas par cas en fonction du montant de l'indemnité de dédit et les gains qu'il pourrait en tirer, revenus qu'il pourrait en tirer).

§ 3 – La clause de garantie d'emploi

Clause par laquelle l'employeur s'engage à ne pas rompre le contrat de travail du salarié pendant une certaine durée.

Sanction : l'employeur rompt le contrat de travail avant l'expiration de la garantie d'emploi est tenu de verser des d&î égal au montant des salaires que le salarié aurait perçu jusqu'au terme de la garantie d'emploi (**AP 13 déc. 2002**).

L'employeur peut toujours rompre le contrat en cas de faute grave du salarié ou de force majeure.

Titre III – Les contrats de travail spéciaux

Section 1 – Le CDD (contrat de travail temporaire)

Principe : L 121-5 : le contrat de travail est conclu sans détermination de durée (CDI). On a réglementé les conditions de recours aux autres contrats.

§ 1 – Les conditions de recours au CDD

Si les conditions de recours ne sont pas respectées le CDD est irrégulier. Sanction : requalification en CDI.

A – Limitation des cas de recours

Art L122-1 : 2 conditions cumulatives :

- une directive générale : le CDD, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet no pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire.

- Le CDD n'est régulier que s'il est conclu dans les cas limitativement énumérés par L122-1-1

Art L122-1-1 :

• Remplacement

Remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu, remplacer un salarié parti définitivement dans l'attente d'une suppression de poste, remplacer un salarié qui a quitté l'entreprise dans l'attente de l'entrée en service du salarié recruté en CDI pour le remplacer.

Le CDD ne peut être conclu que pour remplacer un salarié déterminé. Il ne peut pas être conclu pour remplacer l'ensemble du personnel absent (**soc 24 fév. 1998**), ni pour remplacer plusieurs salariés à la fois (**soc 28 juin 2006**).

L'employeur n'est pas obligé d'affecter le salarié en CDD au poste du salarié remplacé (**soc 30 avril 2003**).

Pb des remplacements en cascade : succession de CDD de remplacement : **L122-3-10** : permet de conclure des CDD successifs avec le même salarié pour remplacer des salariés différents. Cette pratique est souvent détournée : l'employeur met des salariés en CDD sur des emplois permanents. **Soc 26 janv. 2005** : l'employeur ne peut pas recourir de façon systématique au CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre. On regarde le nombre de CDD par rapport à l'effectif de l'entreprise.

• <u>L'accroissement temporaire d'activité</u>

Cas d'ouverture très large : grosse demande, période de pointe, création d'une nouvelle activité… L'employeur devra démontrer qu'il existe un surcroît d'activité. Ce surcroît n'a pas à être exceptionnel, imprévu. Il peut résulter de l'activité cyclique de l'entreprise (**soc 21 fév. 2004**).

Cet accroissement doit avoir un caractère temporaire : il a vocation à s'arrêter. Si on a une augmentation d'activité constante, les salarié embauchés dans ce cadre en epuvent pas être recrutés en CDD (**soc 21 fév. 2004**).

Il y a une souplesse de gestion : l'employeur n'est pas obligé d'affecter le salarié à des tâches liées au surcroît d'activité (**soc 18 fév. 2003, soc. 21 janv. 2004**).

• <u>Le CDD pour recourir à un emploi saisonnier</u>

Définition : (**soc 12 oct. 1999 Tour Eiffel**) : tâches appelées à se répéter chaque année à date à peu près fixe au rythme des saisons et des modes de vie collectifs.

L'emploi auquel il est recouru doit être saisonnier. On ne regarde pas simplement l'activité de l'entreprise. Ex : comptable d'un marchand de glace. Ex : **soc 9 mars 2005 Heineken** : emploi occupé par le salarié et dates d'exécution.

Un CDD saisonnier est donc forcément inférieur à un an (arrêt tour Eiffel : avril-septembre).

Succession des emplois saisonniers (ex : vendange chaque année) : **soc 15 oct. 2002** : possibilité de signer chaque année un contrat saisonnier. Ca ne crée pas une relation à durée indéterminée.

• Les CDD d'usage

Il est possible de recourir au CDD dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de CC étendue dans lesquels il est constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

2 conditions :

- condition liée à l'activité exercée par l'entreprise : secteur défini par **D121-2** ou par CC de branche étendue. A défaut, le recours à ce type de CDD est exclu.

- condition relative à l'emploi occupé par le salarié en CDD : pendant longtemps on appliquait L122-1 : CDD ne peut être conclu que pour une tâche précise et temporaire. Difficile de voir quels sont les emplois **par nature temporaire** (ex : le sport professionnel : l'entraîneur : il en faut toujours un mais il n'est là que pour une saison). Revirement : **Soc 26 nov. 2003** : le juge ne doit plus rechercher si le salarié est affecté à une tâche permanente ou temporaire**. Il appartient au juge de rechercher si, pour l'emploi concerné, et sauf si une CC prévoit dans ce cas le recours au CDI, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir au CDI au sein du secteur d'activité**. On ne regarde plus si l'emploi occupé est lié à l'activité permanente de l'entreprise. On regarde si pour le type d'emploi occupé, la pratique est le recours au CDD.

  « sauf si une CC… » = demande aux partenaires sociaux de définir quels emplois sont concernés.

On a remplacé la condition de nature temporaire par la condition d'usage constant.

B – Condition de durée

L122-1-2 : le CDD doit comporter un terme fixé avec précision dés sa conclusion (date). Il peut être renouvelé une fois dans la limite de 18 mois (le CDD ne pourra donc pas durer plus de 18 mois, renouvellement compris).

Tempérament : **soc 28 oct. 1997** : la durée maximale de 18 mois ne s'applique pas aux contrats conclus au titre de L122-1-1 3° : contrats saisonniers et contrats d'usage.

Exceptions : loi prévoit que dans certaines hyp, il est possible de ne pas fixer un terme précis :

- CDD de remplacement : les parties peuvent choisir comme terme le retour du salarié dont le contrat de travail est suspendu. Hyp où il y deux maladies successives : même s'il y a un nouveau motif d'absence, le CDD continue et prendra fin au retour du salarié.

- CDD d'usage ou saisonnier : les parties peuvent choisir pour terme la réalisation de l'objet pour lequel le contrat a été conclu. Ex : CDD d'usage pour une entreprise de spectacle : terme = réalisation du film.

Dans ces hypothèses, le contrat doit prévoir une durée minimale.

Hypothèse de succession de CDD : (≠ renouvellement : conclure un CDD avec le même salarié pour le même motif). 2 hyp :

- succession de CDD avec le même salarié pour un motif différent (ex : pour remplacer un salarié puis pour remplacer un autre salarié)

- CDD conclus sur le même poste mais avec des salariés différents

(1) : **L122-3-10** : il est possible de conclure des CDD successifs avec le même salarié sur des postes différents pour les CDD de remplacement, saisonniers et d'usage.

(2) : **L122-3-11** : quand le CDD prend fin, il ne peut être recouru au CDD pour occuper le même poste pendant une certaine durée. L'employeur ne peut pas recourir au CDD ou à l'intérim : il doit respecter un délai de carence. Ce délai est d'une durée d'⅓ de la durée du contrat (renouvellement inclus) quand le contrat est supérieur à 14 jours et ½ de la durée du contrat quand le contrat est inférieur à 14 jours.

Exception au délai de carence : CDD de remplacement quand la personne remplacée est toujours absente, succession de CDD d'usage ou saisonnier. Cela concerne principalement l'accroissement temporaire d'activité.

C – Formalisme (conditions de forme)

L122-3-1 : le CDD doit obligatoirement être conclu par écrit et comporter la définition précise de son motif. Il doit être signé par le salarié.

Soc 22 fév. 2006 : un ordre de mission de l'employeur (doc élaboré par l'employeur) et ne comportant pas la signature du salarié ne vaut pas contrat écrit.

Le motif qui va être invoqué dans le contrat lie l'employeur. Il fixe les limites du litige (**soc. 4 déc. 1996**). Si le motif n'est pas dans les conditions de recours, le CDD sera irrégulier.

L122-3-1 prévoit un certain nombre de mentions obligatoires : nom du salarié remplacé, définition du poste occupé, date d'échéance du terme, rémunération, adresse de la caisse de retraite complémentaire, CC applicable…

Toutes ces mentions sont-elles exigées comme conditions de validité du CDD (càd à peine de requalification) ? Cass fait une distinction entre ces mentions : **soc 30 avril 2003** : seules les mentions nécessaires à la définition du motif sont exigées à peine de requalification. Donc ce sont celles qui permettent de vérifier la conformité du CDD aux conditions de recours fixées par la loi (date d'échéance du terme, désignation du poste de travail… vs rémunération, caisse de retraite…)

L'écrit doit être remis au salarié dans les 2 jours suivant l'embauche. La remise tardive équivaut à une absence d'écrit, entraînant la requalification du CDD en CDI (**soc 17 juin 2005**).

D – La sanction du CDD irrégulier

L122-3-13 : Requalification du contrat en CDI. Le salarié saisit le CPH. La requalification implique nécessairement une action judiciaire du salarié, elle n'est pas automatique.

Le salarié a droit à une indemnité spécifique de requalification qui ne peut être inférieure à 1 mois de salaire (montant du dernier salaire mensuel).

Un salarié qui aurait conclu plusieurs CDD irréguliers peut-il demander autant d'indemnités de requalification que de CDD ? Cass : en cas de succession de CDD irréguliers et qu'il y a requalification en CDI, le salarié n'a droit qu'à une seule indemnité de requalification (**soc 13 avril 2005**).

Seul le salarié peut demander la requalification de son contrat en CDI. Il y a des hypothèses où le salarié peut ne pas avoir intérêt à demander la requalification (ex : l'employeur n'a pas le droit de rompre avant le terme => versement des mois de salaires).

L'employeur ne peut pas se prévaloir d'une irrégularité du CDD : **soc 10 juil. 2002** : les règles relatives au recours au CDD sont édictées en vue de la protection du salarié.

Effets de la requalification :

Le salarié a droit à une indemnité spécifique de requalification qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.

Si mon contrat dont j'ai obtenu la requalification est toujours en cours, il devient un CDI et continue de s'exécuter

Si mon contrat a pris fin (terme), la rupture est un licenciement : on applique à la rupture le droit du licenciement. Le salarié aura droit à un préavis (condition d'ancienneté), indemnité de licenciement, on regardera s'il y a cause réelle et sérieuse…

Le salarié qui obtient la requalification ne peut en aucun cas exiger la continuation du contrat (**soc 13 mars 2001**)

2/08/2006

§ 2 – La rupture du CDD

Attention : ne pas parler de démission et de licenciement.

A – La rupture à terme

Le CDD prend fin automatiquement. Aucun formalisme à respecter.

Si le salarié continue à travailler, il y a alors un nouveau contrat : un CDI (**L123-10**). Ce n'est pas une requalification donc pas d'indemnité : **soc 22 mars 2006**.

Le salarié a droit à une indemnité de précarité : **L122-3-4**. Elle est égale à 10% de la rémunération brute totale perçue par le salarié. Exception : l'indemnité n'est pas due quand :

- la relation contractuelle continue en CDD
- le salarié refuse un CDI au terme du CDD (sur un emploi au moins similaire avec la même rémunération)
- pour les CDD d'usage et les CDD saisonniers
- le CDD est conclu avec un jeune pendant les vacances scolaires

Que se passe-t-il si le salarié obtient une requalification en CDI ? Le salarié conserve son indemnité de précarité.

B – La rupture anticipée

1. <u>Principe</u>

Contrat à durée déterminée donc chaque partie doit respecter le contrat jusqu'à son terme. Pas de rupture unilatérale possible. Sauf hyp de rupture anticipée énumérées par **L122-3-8** :

- les parties peuvent rompre de manière anticipée par accord de volonté
- la force majeure
- faute grave du salarié ou de l'employeur
- le salarié peut rompre le CDD unilatéralement s'il justifie d'une embauche en CDI. Dans ce cas, il doit respecter un préavis fonction de la durée du contrat mais ne peut pas excéder 14 jours.

2. Sanction de la rupture anticipée injustifiée

- Si l'employeur rompt, il devra payer au salarié des d&î d'un montant au moins égal à ce qu'il aurait du percevoir si le contrat était allé jusqu'à son terme. C'est pour ça que parfois le salarié a intérêt à se prévaloir de son CDD (alors qu'avec le droit du licenciement, sans ancienneté, les sommes risquent d'être moins importantes. *Cas pratique* : *voir ce qui est le plus avantageux*).

- Si le salarié rompt le contrat de manière anticipée et injustifiée, l'employeur pourra demander au salarié des d&î fonction du préjudice subi du fait de la rupture.

3. Les cas autorisés

• Par l'employeur :

- **force majeure** : rarement admis. De plus, peu d'intérêt en raison de L122-3-4-1 : en cas de rupture pour force majeure, le salarié a droit a des indemnités égales à celles prévues par L122-3-8.

- **la faute grave** :

C'est la seule vraie cause : les clauses du contrat qui prévoiraient d'autres causes de rupture anticipée sont dépourvue d'effet (**soc 16 déc. 1998**).

La faute grave rend impossible le maintien de la relation de travail. Un manquement du salarié justifie la rupture immédiate. Il faut que la rupture ait lieu dans un délai restreint à partir du moment où l'employeur a eu connaissance des faits (**soc 19 nov. 1992**).

La rupture du contrat de travail pour faute est une sanction disciplinaire => application du droit disciplinaire et notamment de l'article **L122-41** (convocation à un entretien et notification par lettre motivée). A défaut, la rupture sera injustifiée.

- **l'inaptitude du salarié** : Si le salarié devient inapte à son emploi en cours de CDD : ce n'est pas un cas de force majeure.

- si l'inaptitude a une origine professionnelle, la loi prévoit une procédure de rupture spécifique (**L122-32-9**). L'employeur doit respecter son obligation de replacement. S'il ne parvient pas à reclasser le salarié, il peut saisir le CPH et demander la

Refus injustifié du salarié : faute du salarié qui peut justifier la rupture du contrat de travail

C – Interdiction des clauses d'exclusivité

On ne peut pas mettre une clause d'exclusivité dans un contrat à temps partiel (soc 11 mai 2005) : ce serait une atteinte disproportionnée à la liberté du travail.

Sanction : d&î pour le salarié (pas de requalification), en fonction du préjudice subi du fait du caractère illicite de la clause. Le salarié devra démontrer le préjudice : montrer que ça l'a empêché d'exercer une activité professionnelle.

Section 3 – Le CNE

Mis en place par une ordonnance du **2 août 2005** (annexes du code).

§ 1 – Condition de recours

- Contrat ouvert aux entreprises qui emploient au plus 20 salariés, pour toute nouvelle embauche.

- En principe ce CNE peut être conclu pour tout type d'emploi : l'employeur peut y recourir librement.

Exception : le CNE ne peut être conclu pour occuper un emploi prévu par l''art **L122-1-1 3°** : emplois saisonniers ou d'usage.

- Le CNE doit être conclu par écrit.

Sanction de ces conditions : le contrat sera un CDI de droit commun. On appliquera le régime du licenciement.

Le CNE est un CDI : le CNE est soumis aux règles du code du travail à l'exception pendant 2 ans à compter de sa conclusion des dispositions relatives au droit commun du licenciement et au licenciement pour motif économique.

Ce contrat est donc en réalité assorti d'une période de consolidation de 2 ans pendant laquelle chaque partie peut rompre le contrat de manière discrétionnaire.

§ 2 – Régime de la rupture pendant la période de consolidation

La rupture peut être notifiée par simple LRAR. Aucune procédure, aucun motif.

L'ordonnance prévoit quand même quelques garanties :

- lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture, sauf faute grave ou force majeure, il doit respecter un préavis quand le salarié est là depuis plus d'un mois : CNE conclu depuis 1 à 6 mois : préavis de 14 jours. CNE conclu depuis plus de 6 mois : préavis d'un mois

- sauf faute grave ou force majeure, l'employeur doit verser au salarié une indemnité égale à 8% de la rémunération brute totale du salarié.

L'ordonnance exclu certains textes (droit du licenciement, licenciement éco) mais d'autres textes ne sont pas exclus :

- **L122-45** : la rupture ne doit pas être discriminatoire

- Textes relatifs à la grossesse (**L122-25 et s.** : femme enceinte ne peut être licenciée que pour faute grave), au licenciement en cas de maladie…

- **L122-40 et s.** : droit disciplinaire. CC a bien rappeler en étudiant l'ordonnance que ces textes étaient applicables. Textes importants lorsque l'employeur invoque une faute grave de la part du salarié : il rompt le contrat sans respecter le préavis. Application de **L122-41** : entretien préalable et notification par lettre motivée. A défaut il ne pourra pas se prévaloir d'une faute grave.

§ 3 – Ce contrat est affecté de certaines incertitudes

- on peut se demander si ce contrat est conforme aux conventions internationales, notamment à la **Convention 158 de l'OIT** sur la cessation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur :

- elle prévoit de droit pour tout salarié le droit de se défendre contre les allégations formulées par l'employeur (droit de connaître avant la rupture les motifs de cette rupture, droit à une procédure).

- l'employeur ne doit pas pouvoir rompre le contrat de travail sans motif valable : exigence de motivation de la rupture

Mais la convention OIT dit que ces droits peuvent être écartés pendant la période d'essai ou lorsque le salarié n'a pas l'ancienneté requise, à condition que la période pendant laquelle on écarte ces garanties soit d'une durée raisonnable. La durée de 2 ans est-elle une durée raisonnable ? 2 juridictions se sont prononcées :

- **CE 19 oct. 2005** : la durée de 2 ans, eu égard au but du CNE (créer de l'emploi) est raisonnable

- **CPH Longjumeau** : la durée de 2 ans est une durée raisonnable

Tant que la cour de cass ne s'est pas prononcée sur la conformité du CNE à la convention OIT, il y aura une incertitude.

Cas pratique : mentionner cette discussion. Si la conformité à al convention OIT est écartée, il faudra appliquer le droit du licenciement. Si on est l'avocat de l'employeur, dire qu'il y a un danger.

- peut-on conclure avec le salarié un CNE alors qu'on a conclu avec lui d'autres contrats de travail ? Y a-t-il fraude au droit du licenciement ?

C'est quasiment certain. On ne peut pas faire ça. Pour un salarié en intérim, la question reste ouverte. On peut en douter à cause des termes « nouvelle embauche »

Autre hyp : j'ai un CDI dans une entreprise du groupe et je fais signer dans une autre entreprise du même groupe : c'est une fraude.

- rupture abusive : peut-il y avoir abus de la part de l'employeur qui rompt pendant la période consolidation ? Circonstances vexatoires… peuvent donner lieu à d&î.

Titre IV – Le CDI et la rupture du CDI

Il peut être rompu unilatéralement à tout moment soit par l'employeur (application du régime du licenciement), soit par le salarié (démission).

Section 1 – La démission

L122-5. Il n'y a pas de conditions de forme. Elle peut être expresse ou tacite (on peut déduire la démission d'un comportement du salarié). Mais pour qu'il y ait démission il faut caractériser une volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner. Jpc très stricte : volonté non équivoque : le comportement du salarié ne doit pouvoir s'expliquer que par la volonté de démissionner :

- L'absence prolongée du salarié : ce n'est pas un comportement non équivoque

- Rupture du contrat de travail par le salarié mais en raison de faits qu'il reproche à l'employeur : pas de volonté non équivoque de démissionner (un salarié qui dit : « je démissionne en raison de vos manquements » = rupture ne sera pas qualifiée de démission mais de prise d'acte : **soc 15 mars 2006**. Et ce même si le salarié a employé le mot démission).

Ex de volonté non équivoque :

- **soc 2 déc. 2003** : un pêcheur quitte son bateau alors qu'il n'y a pas de faute de la part de l'employeur, pour s'engager immédiatement auprès d'un autre employeur. Cass : comportement incompatible avec le maintien de l'entreprise et ne s'expliquant que par la volonté non équivoque de démissionner.

- **soc 10 mars 2004** : salarié quitte son travail sans invoquer de faute de l'employeur et ne revient pas malgré des mises en demeure de l'employeur. Elle s'inscrit aux Assedic. Cass : traduit une volonté non équivoque de démissionner.

• Effets de la démission :

Le salarié n'a droit à aucune indemnité, ni Assedic.

Sa seule obligation est de respecter un préavis mais dont la durée n'est pas fixée par la loi (CC, usage de la profession). Il ne peut pas y avoir de durée de préavis fixée par le contrat de travail.

Non respect du préavis : l'employeur pourra obtenir des d&î s'il démontre un préavis.

Section 2 – La prise d'acte

Prise d'acte de a rupture : une partie prend l'initiative de rompre le contrat de travail mais en imputant la responsabilité de la rupture à l'autre partie. (« Je romps parce que vous avez commis tel manquement »)

≠ résiliation judiciaire : action en résiliation = demande au juge de constater les manquements de l'autre partie et suite à ces manquement de prononcer la rupture aux torts de l'employeur. C'est le juge qui prononce la rupture.

§ 1 – Prise d'acte et résiliation judiciaire par l'employeur

Soc 25 juin 2003 : 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. A défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. (quelque soit le comportement du salarié).

L'employeur dispose d'un pouvoir disciplinaire et la rupture du contrat par l'employeur est réglementée. Il doit respecter les règles prévues par le droit du travail.

L'employeur peut-il demander la résiliation judiciaire du contrat ? Saisir le juge et lui demander de constater les manquements et prononcer la rupture aux torts du salarié ? Cass : non : l'employeur qui dispose de la possibilité de rompre le contrat de travail par voie de licenciement n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire du contrat de travail (**soc 13 mars 2001**). De plus, par l'exercice de l'action en résiliation en judiciaire, l'employeur manifeste la volonté de rompre le contrat de travail et dans ce cas, cette rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (**soc 5 juil. 2005**).

§ 2 – Prise d'acte de la rupture par le salarié

Le salarié se prévaut d'un manquement de l'employeur pour rompre le contrat aux torts de l'employeur. Il prend l'initiative de la rupture. Quel régime lui appliquer ? ça n'est ni une démission (pas de volonté non équivoque car torts de l'employeur), ni un licenciement.

A – Le principe

Soc 25 juin 2003 : quand le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits reprochés à l'employeur, **cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués le justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission**.

Il faut donc rechercher s'il existe des manquements de la part de l'employeur à ses obligations.

- Si c'est le cas, on considère que l'employeur est responsable de la rupture et donc on applique à la rupture le régime du licenciement sans cause réelle et sérieuse. (*attention : ne pas dire ; « c'est un licenciement » ! c'est une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement, o lui applique le régime du licenciement*).

- S'il n'y a pas de manquement, on considère que le salarié a rompu le contrat de travail sans raison et on applique donc le régime de la démission.

B – Question de la gravité des manquements de l'employeur

Soc 19 janv. 2005 : tout manquement de l'employeur ne justifie pas la prise d'acte. Ex : le retard de quelques jours dans le paiement des salaires n'est pas un manquement suffisamment grave.

Ex de manquements suffisamment graves :

- Modification unilatérale par l'employeur du contrat de travail. Ex : **soc 22 fév. 2006** : diminution unilatérale de la rémunération du salarié.

- Manquement à son obligation de fournir du travail au salarié. Ex : **soc 14 janv. 2004**

- Manquements répétés de l'employeur à ses obligations légales et conventionnelles justifient la prise d'acte. Ex : **soc 7 oct. 2003**

- Non paiement du salaire

- La violation par l'employeur de son obligation de sécurité est un manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte de la rupture par le salarié. L'employeur est tenu d'une obligation de sécurité et de résultat. Dès qu'il a conscience d'un danger auquel est exposé le salarié, il doit prendre les mesures nécessaires pour préserver le salarié de ce danger. Cass : le fait pour un employeur qui a conscience d'un danger de ne pas prendre les mesures nécessaires est un manquement à ses obligations qui justifie la prise d'acte (**soc 29 juin 2005** : non respect de la réglementation anti-tabac. Prise d'acte.)

Contentieux récent : l'employeur qui ne paye pas le salaire de ses salariés peut comme excuse invoquer des difficultés financières ? **Soc 20 juin 2006** : non : des difficultés financières ne peuvent justifier le manquement de l'employeur à son obligation de payer les salaires. L'employeur doit soit procéder au licenciement pour motif éco, soit se déclarer en cessation des paiements.

Le régime de la prise d'acte est jurisprudentiel donc il est précisé au fur et à mesure.

C – Le régime de la prise d'acte

Elle rompt le contrat de travail. Le contrat est rompu au jour de la prise d'acte. Il ne sert à rien pour l'employeur de prononcer un licenciement pour faute (**soc 19 janv. 2005**).

Le salarié peut-il prendre acte de la rupture alors que l'employeur avait engagé la procédure de licenciement ? (avant le prononcé du licenciement). **Soc 16 nov. 2005** : le juge devra analyser la prise d'acte. (Risque pour le salarié car si finalement pas de manquement de la part de l'employeur, il y aura démission).

Question de la forme de la prise d'acte : doit-elle faire l'objet d'un écrit motivé ? **Soc 29 juin 2005** : l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture aux torts de l'employeur ne fixe pas les limites du litige. Le juge est tenu d'examiner les manquements invoqués par le salarié même s'ils n'ont pas été mentionnés dans cet écrit.

Section 3 – La résiliation judicaire

Hyp où le salarié actionne la résiliation judiciaire. Il saisit le CPH et lui demande de constater le manquement et de prononcer la rupture aux torts de l'employeur. Le CPH regarde s'il y a des manquements suffisamment graves. Si c'est le cas, la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (**soc 16 fév. 2005**)

S'il n'y a pas de torts, le contrat n'est pas rompu. Cass : le seul fait d'agir en justice ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (**soc 13 janv. 2004**).

Le salarié continue à exécuter son contrat de travail jusqu'à ce que le juge se prononce. S'il est débouté le contrat continue mais très souvent, le salarié arrête de venir dans l'entreprise car il considère que les manquements sont graves. L'employeur dit que le salarié n'exécute pas son contrat et prononce le contrat pour faute grave. Le CPH est saisi d'une résiliation judiciaire et en même temps il y a eu un licenciement.

Articulation : **soc 16 fév. 2005** : dans ce cas, le juge doit d'abord se prononcer sur la demande de résiliation judiciaire. S'il y a des manquements, le juge prononce la résiliation, il y a rupture du contrat de travail et on ne s'occupe plus du licenciement. A l'inverse, s'il n'y pas de manquements, il n'y a pas de résiliation judiciaire et le juge doit se prononcer sur le licenciement (justifié ou pas).

Section 4 – La résiliation amiable

Mode de rupture discuté. Pour certains auteurs, les parties peuvent rompre le contrat de travail qu'elles ont fait : liberté contractuelle. En pratique c'est l'employeur qui y a un intérêt (écarter le régime du licenciement). Donc mode de rupture suspect. Situation éco et juridique des parties est inégale.

Cass : admet la validité de principe de la résiliation amiable du contrat (**soc 2 déc. 2003** : le contrat peut prendre fin du commun accord des parties). Mais la Cour ne l'admet pas sans limite : elle vérifie que le salarié a un intérêt à la rupture amiable, circonstances telles que l'employeur n'avait pas pu faire pression sur le salarié.

1er arrêt : procédure de licenciement éco, clause de non concurrence. Un concurrent lui propose un travail. Le salarié sollicite l'employeur en vue de la résiliation amiable.

2ème arrêt : **plan de départ volontaire** mis en place dans l'entreprise. L'employeur présente un plan au CE pour favoriser les départs volontaires, mise en place d'un AVEC et les salariés peuvent adhérer au plan. Pas de sollicitation individuelle des salariés, négociation collective des conditions.

Préservation des intérêts du salarié. Autres arrêts où cass ne l'admet pas :

Soc 4 janv. 2000 : salarié en arrêt de travail suite à un AT. L'employeur avait conclu un accord de résiliation amiable. La résiliation amiable a pour seul effet de permettre à l'employeur d'éluder ses obligations légales.

Si on a une résiliation amiable, ça n'est pas un licenciement, il faut regarder l'accord des parties ou l'accord collectif.

Exception : **L321-1 al 2** : prévoit que les règles relatives au licenciement éco sont applicables à toute rupture pour motif éco. On ne veut pas que l'employeur puisse se servir de la résiliation amiable pour écarter des règles, notamment pour éviter de mettre en place un PSE.

- On comptabilise donc cette rupture pour savoir s'il faut mettre en place un PSE
- Droit à une priorité de rembauchage est conservée (**soc 13 sept. 2005**)

Section 5 – Le droit commun du licenciement

Loi de 1973, qui instaure deux types de garanties :

- mise en place d'une procédure de licenciement
- exigences de justification : le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse

§ 1 – La procédure de licenciement

L122-14.

Objectif de la procédure : que le salarié puisse s'expliquer (droits de la défense du salarié) et éviter les licenciements impulsifs.

A – Convocation à un entretien préalable

LRAR ou remise en main propre.

La lettre de convocation doit indiquer l'objet de l'entretien (entretien en vue d'un licenciement) et la faculté pour le salarié de se faire assister.

S'il existe des RP dans l'entreprise, le salarié ne peut être assisté que par un salarié de l'entreprise.

A défaut, le salarié a la possibilité de se faire assister par un « conseiller du salarié » : liste établie en préfecture. L'employeur doit indiquer l'endroit om le salarié pourra se procurer cette liste.

B – L'entretien préalable

Il doit avoir lieu au moins 5 jours ouvrables après la notification de la convocation. Cet entretien doit être conduit par l'employeur ou l'un des ses représentants mais en aucun cas par une personne totalement étrangère l'entreprise (**soc 26 mars 2002** : mandat à un cabinet de recrutement).

Il doit avoir un caractère individuel. Impossible de recevoir plusieurs salariés en même temps pendant un même entretien (**soc 23 avril 2003**).

• Moment de l'entretien :

Peut-on convoquer un salarié en dehors de ses horaires de travail ? **Soc 7 avril 2004** : l'entretien préalable hors des horaires de travail n'est pas une irrégularité de procédure. Le salarié peut seulement prétendre à la réparation du préjudice subi

• Lieu de l'entretien :

La loi prévoit que l'entretien préalable doit avoir lieu sur le lieu d'exécution du travail ou au siège social de l'entreprise. Mais **soc 28 janv. 2005** : si pour des raisons légitimes, le salarié est convoqué dans un autre lieu, il n'y a pas d'irrégularité de procédure, l'employeur devra rembourser au salarié ses frais de déplacement.

Si le salarié ne se rend pas à l'entretien, l'employeur peut procéder au licenciement et la procédure ne sera pas irrégulière.

C – La notification du licenciement

Article **L122-14-1**

LRAR, ne peut pas être envoyé avant l'écoulement de 2 jours ouvrables après le déroulement de l'entretien préalable.

Si les règles ne sont pas respectées, le licenciement est irrégulier.

Après expédition de la lettre, le licenciement est définitif. L'employeur ne peut pas revenir en arrière sans l'accord du salarié.

• Quelle est la date de la rupture ? Date d'envoi ou de réception de la lettre de licenciement ? **Soc 11 mai 2005** : date d'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement.

Enjeu de la question de la date :

- Pendant la période d'essai : avant ou après son expiration
- Calcul de l'ancienneté
- En matière d'AT : impossible de le licencier sauf faute grave (donc lettre envoyée avant ou après l'accident)

• L'auteur de la rupture :

Cass peu stricte : il suffit que ce soit une personne de l'entreprise, peu important qu'elle ait une délégation particulière d'autorité pour procéder au licenciement. **Soc 19 janv. 2005** : licenciement prononcé par un DRH du groupe. Elle peut le prononcer.

L'auteur n'a pas beaucoup d'importance mais peut en avoir une dans certains cas : parfois, il y a des textes internes à l'entreprise qui désignent la personne titulaire du pouvoir de licencier : CC, notes internes… Dans cette hyp, le licenciement doit être prononcé par la personne désignée, sinon le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (injustifié) : **soc 5 avril 2005** (jpc constante).

§ 2 – La motivation de la lettre de licenciement

Art **L122-14-2** : l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs de rupture dans la lettre de licenciement.

Jpc a donné une portée considérable à cette obligation de motivation :

- la lettre de licenciement fixe les limites du litige (**soc 13 nov. 1991**, jpc constante). L'employeur ne peut pas invoquer d'autres motifs que ceux invoqués dans la lettre de licenciement.

- La jpc pose une exigence de prévision du motif, qu'elle assortie d'une sanction lourde : le défaut ou l'insuffisance de motif dans la lettre de licenciement rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse (**soc 29 nov. 1990**).

- L'absence de motifs dans la lettre n'est pas une irrégularité de procédure mais de fond. Le juge n'étudiera pas le licenciement (**AP 27 nov. 1998**)

A – Qu'est-ce qu'un motif précis ?

Le but de cette jpc est que le salarié soit informé au moment où il reçoit la lettre de licenciement.

Cass : le motif précis est le motif matériellement vérifiable. Cela exclut

- les motifs vagues (ex : « les problèmes que vous occasionnez », « les fautes que vous avez commises »…)

- les motifs subjectifs : qui relèvent d'un sentiment de l'employeur (« pour perte de confiance » sans mettre des éléments objectifs, « incompatibilité d'humeur »…)

Mais l'employeur n'est pas obligé de mettre des faits datés. Les éléments de fait seront discutés devant le CPH. Ex : **Soc 23 mai 2000** : l'insuffisance professionnelle constitue un motif précis qui pourra être discuté ultérieurement devant le CPH.

B – Un employeur peut-il invoquer plusieurs griefs dans la lettre de licenciement ?

Le juge doit-il rechercher le grief déterminant ? 2 hyp :

- L'employeur invoque à la fois un motif éco et un motif personnel : les motifs sont incompatibles. Il y en a forcément un qui a été déterminant. Le juge doit s'attacher au motif qui a été la cause première du licenciement. **Soc 10 oct. 1990**.

- L'employeur invoque deux motifs personnels : l'employeur peut invoquer dans la lettre des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié. Dans ce cas le

juge peut retenir l'autre motif. **Soc 23 sept. 2003**. Deux conditions : il faut que l'employeur respecte les règles applicables à chaque cause de licenciement et il faut que les motifs reposent sur des faits distincts.

(Si dans le cas pratique on n'a aucun élément de procédure, on ne discute pas ce point).

§ 3 – La cause réelle et sérieuse

L122-14-3 : le juge doit apprécier le caractère réel et séreux des motifs invoqués par l'employeur.

A – Ce contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse a un caractère d'OP

Seul le juge peut apprécier l'existence d'une cause réelle et sérieuse. Les parties ne peuvent pas écarter le contrôle du juge en stipulant des clauses prévoyant la rupture automatique du contrat si tel élément survient (permettrait d'invoquer le contrat pour dire qu'il y a cause réelle et sérieuse) : **soc 24 juin 2003**.

• Ex : les clauses d'objectif :

Elle fixe les objectifs que le salarié doit remplir, à défaut, rupture automatique. Cass : l'insuffisance de résultat ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement. Elle ne constitue une cause réelle et sérieuse que si elle est le résultat soit de **l'insuffisance professionnelle** du salarié, soit d'une **faute** de la part de celui-ci : **soc 3 avril 2001**.

Le juge doit regarder si l'insuffisance de résultat est imputable au salarié et il regarde si les résultats étaient réalisables.

Cette clause n'est pas nulle mais elle est insuffisante à elle seule pour justifier le licenciement.

• Ex : les clauses d'indivisibilité :

On embauche un couple de salarié et dans leur contrat, on met qu'en cas de rupture du contrat de travail d'un époux, le contrat de l'autre époux sera rompu automatiquement. Cette clause a-t-elle un effet automatique ?

Soc 12 juil. 2005 : le juge doit rechercher dans tous les cas si la clause était justifiée par la nature de la tache à accomplir et si la poursuite du second contrat était rendue impossible par la rupture du premier. On regarde les fonctions concrètes des époux (ex : époux concierges : le travail de l'un est difficile sans l'autre).

B – La notion de cause réelle et sérieuse

1. Cause « réelle »

C'est une cause objective et c'est la cause exacte du licenciement :

a. *Cause objective*

Le motif doit pouvoir être vérifié par le juge. Eviter que l'employeur ne fonde le licenciement sur un motif invérifiable.

C'est pourquoi on n'admet plus aujourd'hui que la perte de confiance de l'employeur puisse justifier un licenciement. **Soc 29 mai 2001** : la **perte de confiance n'est jamais en tant que telle une cause réelle et sérieuse de licenciement, même quand elle est fondée sur des éléments objectifs. Seuls les éléments objectifs peuvent, s'ils sont suffisamment sérieux, constituer une cause réelle et sérieuse, peu important l'existence d'une perte de confiance.**

Egalement une influence sur le licenciement pour incompatibilité d'humeur entre le salarié et l'employeur ou mésentente entre le salarié ou ses collègues. **Soc 5 fév. 2002** : elle ne justifie le licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié.

b. *Cause exacte*

Le juge doit rechercher au-delà des énonciations de la lettre de licenciement quelle est la cause exacte du licenciement (**soc 26 mai 1998**). Hyp où l'employeur a invoqué un motif dans

la lettre de licenciement mais en réalité, le licenciement est motivé par autre chose, autre motif, parfois moins avouable.

(Attention, la lettre de licenciement fixe les limites du litige pour l'employeur mais le salarié peut invoquer une autre raison qu'il estime être la vraie raison => licenciement sans cause réelle et sérieuse).

2. Cause « sérieuse »

Regarder si le comportement du salarié est suffisamment sérieux pour entraîner la rupture du contrat de travail. Appréciation au cas par cas.

Lignes directrices :

Distinguer entre les licenciements disciplinaires (fondés sur une faute du salarié, manquement aux obligations qui résultent de son contrat de travail) et les licenciements pour motif personnel non disciplinaire (comportement non fautif du salarié justifie le licenciement).

a. *La cause sérieuse dans les licenciements disciplinaires*

En pratique, il y a plusieurs degrés de faute :

- fautes vénielles : aucune gravité. Elles ne justifieront pas un licenciement.

- la faute doit être suffisamment **sérieuse** pour justifier le licenciement. La multiplication de petites fautes peut être une cause réelle et sérieuse.

- faute **grave** : rend impossible par sa gravité le maintien du contrat de travail, même pendant la durée limitée du préavis. Licenciement immédiat, perte du droit à préavis, perte du droit à indemnités de licenciement. Pour que l'employeur puisse invoquer une faute grave, il faut que le licenciement ait lieu dans un délai **restreint** à compter de la connaissance des faits par l'employeur. (ex : 1 mois = trop long, la faute ne rendait pas impossible le maintien du contrat de travail).

- faute **lourde** : suppose l'intention de nuire à l'employeur. Même régime que la faute grave (rupture immédiate sans préavis ni indemnités). Mais en plus, le salarié perd le droit à ses indemnités de congé payé. Et c'est la seule susceptible d'engager la responsabilité civile du salarié. Si l'employeur subi un préjudice, il pourra demander des d&î. Il faut caractériser l'intention de nuire, de créer un préjudice à l'employeur. Ex : créer une société concurrente et débaucher des salariés de l'entreprise (**soc 21 oct.**

2003). Le vol du salarié n'est pas forcément considéré comme une faute lourde malgré l'élément intentionnel.

Pour que le licenciement disciplinaire soit justifié, il faut nécessairement que le comportement du salarié soit fautif (souvent, pratique des employeurs : « faute grave en raison de votre insuffisance professionnelle » : ce n'est pas une faute ! mais en invoquant la faute grave, l'employeur n'avait rien à payer). Cass : si l'employeur invoque une faute grave, pour que le licenciement soit justifié, il faut que le comportement du salarié soit fautif (manquement à ses obligations). **Soc 9 mars 2000**, **soc 6 oct. 2004**.

A défaut, le licenciement est nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

Distinction entre insuffisance professionnelle et faute : face à un salarié qui ne parvient pas à remplir ses obligations, ce comportement constitue une faute lorsqu'il résulte d'une mauvaise volonté caractérisée de la part du salarié (salarié négligeant, qui passe outre les consignes de l'employeur…) **Soc 6 oct. 2004**.

Insuffisance professionnelles est une cause réelle et sérieuse de licenciement qui donne droit à indemnité et préavis.

b. *La cause sérieuse dans les licenciements pour motif personnel non disciplinaire*

Licenciement qui résulte d'un comportement du salarié hors du temps de travail.

La cour de cassation a dégagé à partir de 1997 une notion de vie personnelle du salarié : notion propre au droit du travail, qui s'oppose à la vie professionnelle. Cette notion a vocation à englober tous les comportements du salarié qui n'ont pas de rapport direct avec l'existence du contrat de travail ?

C'est une notion beaucoup plus large que la notion de vie privée. Vocation à comporter même des éléments publics (qui n'ont pas de rapport avec sa vie professionnelle). Ex : salarié qui commet des délits pénaux (ça ne relève pas de la vie privée mais de la vie personnelle).

Principe : un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut pas justifier un licenciement. Mais ces faits peuvent causer un trouble dans l'entreprise. Si le fait tiré de la vie personnelle crée un trouble caractérisé dans l'entreprise, il est susceptible de justifier un licenciement (**soc 16 déc. 1997**).

Un fait de la vie personnelle ne peut jamais constituer une faute justifiant un licenciement disciplinaire (**soc 21 oct. 2003**).

Mais tous les comportements du salarié hors de son temps de travail ne se rattachent pas forcément à sa vie personnelle. Tant qu'il est sous contrat de travail, le salarié reste tenu d'une obligation de loyauté. Le comportement du salarié hors de son temps de travail peut se rattacher à sa vie professionnelle lorsqu'il est caractéristique d'un manquement à sa loyauté envers son employeur (**soc 25 fév. 2003**). Ex : salarié de la CAF commet elle-même des fraudes à la CAF. Manquement à son obligation de loyauté donc même commis hors du temps de travail, il se rattache à sa vie professionnelle et est constitutif d'une faute.

Mais depuis 2003, la cour de cassation s'est éloignée de ces principes :

- arrêt du **2 déc. 2003** : un salarié chauffeur routier est contrôlé positif au test d'alcoolémie en dehors de son temps de travail sur son véhicule personnel. L'employeur le licencie pour faute grave. Cass admet ce raisonnement : le fait pour un salarié affecté à al conduite automobile de se voir retirer son permis pour conduite sous l'empire d'un état alcoolique, même en dehors du temps de travail, se rattache à sa vie professionnelle. Quelle obligation le salarié a-t-il violé ? Pose le problème des limites de la vie professionnelle.

- arrêt du **25 janv. 2006** : un salarié agent commercial dans une banque est impliqué dans un trafic de véhicule. Licenciement pour faute grave. Cass : admet le licenciement en rappelant d'abord qu'un fait de la vie personnelle ne peut … un trouble caractérisé. Puis elle précise qu'en l'espèce, cette salariée, qui avait une obligation particulière de probité qu'elle a violée en portant atteinte aux biens, a créé un trouble caractérisé constitutif d'une faute grave. Un comportement de la vie personnel peut être constitutif de la violation d'une obligation professionnelle or le salarié n'y est en principe plus soumis. C'est le moment où le salarié est dispensé du respect des obligations que lui impose l'employeur dans sa vie professionnelle. Cass fait perdre tout intérêt à la notion de vie personnelle. *(ne pas forcément citer ces arrêts dans un cas pratique).*

9/08/2006

C – Le licenciement motivé par l'exercice d'une liberté dans l'entreprise

Est-ce que l'exercice d'une liberté peut constituer une cause réelle et sérieuse ?

Principe : le salarié dispose de toutes ses libertés même dans l'entreprise. Donc en principe, l'exercice d'une liberté ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Pour apprécier si le comportement est constitutif d'une cause réelle et sérieuse, on s'appuie sur l'article **L120-2** du code du travail : restriction liberté doit être justifiée par la nature de la tache et proportionnée.

Ex : **soc 28 avril 2006** : un secrétaire parlementaire avait été licencié pour s'être retiré d'une liste politique. Il invoque sa liberté d'opinion. Cass : **art 10 DDHC** (liberté d'opinion) et art **L120-2** : si un secrétaire parlementaire peut être tenu de s'abstenir de toute position perso pouvant gêner d'engagement politique de son employeur, aucune autre restriction ne peut être portée à sa liberté d'opinion. La nature de la tache à accomplir peut impliquer une restriction de sa liberté. Mais cette restriction doit être limitée à ce qui est nécessaire. On ne peut pas lui imposer de s'engager activement politiquement. Ici, la restriction excède ce qui est nécessaire. Appréciation au cas par cas selon la nature de la tache à accomplir par le salarié.

Discuter la restriction en fonction de la tache.

Arrêts sur la liberté d'expression :

Principe : le salarié dispose de sa liberté d'expression à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise.

Il faut apprécier si les propos sont injurieux, diffamatoires, ou simplement excessifs. On apprécie selon la nature du propos, les fonctions que le salarié avait à exercer, la finalité de l'entreprise. C'est une analyse au cas par cas.

Ex : **soc 14 déc. 1999** : un cadre qui émet des critiques à l'égard de sa direction (elle seule en a connaissance, pas publiquement) : il ne commet aucune faute. C'est même le rôle d'un cadre que de faire des critiques.

Ex : **soc 30 oct. 2002** : une salarié accuse publiquement ses dirigeants d'incompétence : cass : propos excessifs justifiant son licenciement.

§ 4 – La preuve de la cause réelle et sérieuse

L122-14-3 : la charge de la preuve n'appartient spécialement à aucune des deux parties. Le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties. S'il y a un doute, ce doute profite au salarié : on considèrera que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Principal problème : la question de la licéité des modes de preuve utilisés par les parties.

A – Licéité des modes de preuve utilisés par l'employeur

C’est la question des modes des dispositifs de surveillance. On apprécie cette licéité à la lumière de 2 textes :

• **Art 9 NCPC** :

Il incombe à chaque partie de rapporter la preuve de leur prétention conformément à la loi => on en tire un principe de loyauté de la preuve. On interdit les employeurs de surveiller les salariés à leur insu : jpc constante depuis **soc 20 nov. 1991** : si l’employeur a droit de contrôler et de surveiller l’activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif qui n’a pas été porté préalablement à al connaissance des salariés. (cf. **soc 23 déc. 2005** : recours à des détectives privés). Si l’employeur n’avertit pas ses salariés, le mode de preuve est illicite, la preuve sera donc écartée par le CPH. Si l’employeur n’a pas d’autres éléments de preuve, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

Cass précise aussi qu’il faut informer préalablement le CE : **soc 7 juin 2006**.

Portée de cette obligation d’information préalable ? Cass : cette obligation est limitée aux dispositifs destinés directement à contrôler le travail, l’activité des salariés. Cass précise que des salariés surpris par des caméras dans l’entreprise alors qu’ils étaient dans un lieu ou ils n’avaient pas lieu d’être, en dehors de leur temps de travail n’avaient pas à être avertis des modes de surveillance (**soc 19 mai 2005**).

Soc 18 juil. 2000 : salarié travaillant dans une banque allant regardé les comptes des clients a été surpris par un système informatique. Pas dispositif destiné à surveiller son travail donc il n’avait pas à être informé donc mode de preuve licite.

Soc 26 avril 2006 : la simple surveillance par le supérieur hiérarchique n’a pas à donner lieu à une information préalable.

• **L120-2** :

Les moyens de preuve doivent respecter cet article. Les procédés de surveillance ne doivent pas porter atteinte à l’intimité du salarié. Donc procédés doivent être justifiés par la nature de la tache à accomplir et doivent porter une atteinte proportionnée au but recherché.

Soc 26 janv. 2002 : la filature du salarié est dans tous les cas un moyen de preuve illicite. Elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible de se justifier au regard de son caractère nécessairement disproportionné par les intérêts légitime de son entreprise. Mode de preuve toujours illicite.

• <u>Question de l’ouverture des fichiers informatiques du salarié par l’employeur</u> :

Quand l'employeur peut-il venir consulter ces fichiers personnels ? Arguments de l'employeur : matériel de l'entreprise et employeur peut interdire d'utiliser les ordinateurs à des fins personnelles.

- **Soc 2 oct. 2001 Nikon** : employeur avait interdit l'utilisation personnelle de l'informatique. Employeur consulte et s'aperçoit que le salarié développe une activité concurrente et licencie le salarié. Salarié saisit le CPH : cause réelle et sérieuse ? Salarié : mode de preuve illicite puisque atteinte à libertés fondamentales.

Cass : le salarié a le droit à l'intimité de sa vie privée et au secret de ses correspondances même au temps et au lieu de travail. Cass en conclue que l'employeur ne peut sans violer cette liberté fondamentale, prendre connaissance des courriels reçus par son salarié et ce, alors même qu'il aurait interdit d'utiliser le matériel à des fins personnelles. Licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Comment contrôler l'utilisation de son ordinateur par le salarié ? Notamment utilisation de l'internet.

- **Soc 17 mai 2005** : l'employeur trouve des photos érotiques dans le tiroir de son salarié, ouvre un fichier intitulé « personnel ». Licenciement sur le fondement de ce qu'il a trouvé sur le fichier personnel. Salarié invoque atteinte à sa liberté fondamentale.

Cass précise les conditions auxquelles l'employeur peut consulter des fichiers personnels du salarié. Cass : sauf risque ou évènement particulier, l'employeur en peut ouvrir des fichiers identifiés comme « personnel » par le salarié qu'**en présence de ce dernier** ou celui-ci dûment appelé.

=> Seulement condition de la présence du salarié ?

Jpc du 17 mai 2005 est une reprise de la jpc sur la fouille des casiers. Cass : doit être faite en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé. Mais cass rajoute une condition : la fouille ne peut être faite que dans les **cas prévus par le règlement intérieur**.

B – Licéité des modes de preuve utilisés par le salarié

Problème principal : le salarié produit en justice des documents appartenant à l'entreprise alors qu'il n'a pas eu l'autorisation de l'employeur pour rependre ces documents et les reproduire. L'employeur va dire qu'il s'agit d'un vol. Risque que le CPH écarte la preuve et que l'employeur attaque le salarié.

Crim 11 mai 2004 et **soc 30 juin 2004** : le salarié peut produire des documents appartenant à l'entreprise sans commettre de vol à 2 conditions :

- il faut qu'il ait eu connaissance de ces documents à l'occasion de ses fonctions.

- il faut qu'il s'agisse de documents strictement nécessaires à l'exercice de ses droits de la défense dans le litige qui l'oppose à l'employeur.

Section 6 – Les droits du salarié licencié

§ 1 – Droit au préavis

Le salarié a droit à un préavis (**L122-6**), fonction de son ancienneté. C'est une obligation prévue au contrat. Si l'employeur ne respecte pas son obligation, ou s'il choisi le salarié de dispenser le salarié d'exécuter son préavis, il doit verser au salarié une indemnité compensatrice de préavis.

Si l'impossibilité d'exécuter le préavis est imputable au salarié, il n'a pas le droit à une indemnité compensatrice de préavis.

§ 2 – L'indemnité de licenciement

L'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement : **L122-9** : elle se calcule par rapport à l'ancienneté du salarié et seulement pour els salarié ayant au moins 2 ans d'ancienneté.

§ 3 – L'indemnité de congés payés

Le salarié a droit à une indemnité compensatrice de congés payés : **L223-14**. Le salarié a accumulé des droits à congés payés. Ce droit est perdu en cas de faute lourde.

Section 7 – Les sanctions attachées à la violation des règles du licenciement

§ 1 – Les sanctions du licenciement irrégulier

Concerne la violation des règles de procédure. 2 hyp :

- salarié ayant plus de 2 ans d'ancienneté **et** travaillant dans une entreprise de plus de 11 salariés. On applique **L122-14-4**, qui prévoit que le salarié a droit une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire. Cette indemnité ne se cumule pas, le cas échéant, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il aura droit seulement à cette dernière.

- salarié ayant moins de 2 ans d'ancienneté **ou** travaillant dans une entreprise de moins de 11 salariés. On applique **L122-14-5**, qui prévoit que l'irrégularité du licenciement donne droit à des d&î (réparation), qui sont fonction du préjudice subi. NB : si l'irrégularité concerne l'assistance du salarié (absence de conseiller), on verse les d&î prévus par L122-14-4. Dans ce cas, il y aura cumul des indemnités.

§ 2 – les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse (injustifié)

Il se sanctionne par des d&î, pas de remise ne cause de la rupture du contrat (pas de réintégration, en pratique le juge peut la proposer mais ne le fait jamais).

- hypothèse de **L122-14-5** => droit à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui sera fonction du préjudice subi. Cumulable avec irrégularité de procédure.

- hypothèse de **L122-14-4** => le salarié a droit à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, qui ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois. Dans cette hyp, si l'employeur est condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur va être condamné à rembourser aux Assedic les éventuelles indemnités chômage versées au salarié dans la limite de 6 mois.

§ 3 – Sanction du licenciement nul

On parle de licenciement illicite. Elle intervient seulement dans certaines hyp où le législateur est venu interdire de licencier.

A – Domaine de la nullité du licenciement

Défini dans **soc 31 mars 2004** : le juge ne peut, en l'absence de dispositions le prévoyant, ou à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement. Donc 2 hyp :

- un texte spécial le prévoit
- violation d'une liberté fondamentale

1. Textes spéciaux

- salariés spécialement protégés : RP, salariée en état de grossesse (**L122-25-2** : le licenciement peut être annulé alors même que l'employeur ne savait pas que la salariée était enceinte)
- discrimination : **L122-45**
- licenciement éco prononcé en l'absence de PSE

2. Violation d'une liberté fondamentale

Jpc constante depuis un arrêt du **28 avril 1988 Clavaud** : le licenciement attentatoire à une liberté fondamentale est nul.

Mais qu'est-ce qu'une liberté fondamentale ? Portée de l'adjectif ? **Soc 28 mai 2003** (affaire du bermuda) : licenciement pour faute. Salarié demande nullité ; atteinte à liberté de se vêtir. Cass : la liberté de se vêtir à sa guise au temps et lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale. S'il y a une atteinte disproportionnée à cette liberté, le salarié pourra seulement demander des d&î pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si c'est justifié par la tache à accomplir, le refus constitue une faute du salarié.

Hypothèse du salarié venant travailler avec un voile : concerne la liberté de religion = liberté fondamentale. Est-ce justifié de lui demander d'enlever son voile : si contact avec la clientèle, ça peut être justifié… Il faut discuter. Si atteinte injustifié : hyp de nullité car la liberté de religion est une liberté fondamentale.

B – Les effets de la nullité du licenciement

Ils ont été fixés par la jpc (sauf 2 hyp particulières où la loi est intervenue : RP, nullité licenciement éco). Jpc prévoit 2 hyp :

1. Le salarié demande sa réintégration

L'employeur a alors l'obligation de réintégrer le salarié dans son poste ou à un poste équivalent. Jpc n'admet qu'on ne réintègre pas quand la réintégration est matériellement impossible : seul cas : **soc 25 juin 2003** : cas où les salariés licenciés avaient commis après leur licenciement des actes de concurrence **déloyale** envers l'employeur (droit d'avoir une activité concurrente en attendant le jugement mais là : concurrence déloyale : ex : détournement de clientèle, de salariés… => 1382).

• Si l'employeur refuse :

La réintégration est ordonnée sous astreinte généralement. L'astreinte augmente tant qu'il ne réintègre pas. Si l'employeur ne réintègre pas le salarié : **Soc 25 janv. 2006** : l'employeur est obligé de payer les salaires au salarié. L'employeur doit verser une indemnité égale aux salaires que le salarié aurait du percevoir jusqu'à ce que, renonçant à sa réintégration, il prenne acte de la rupture. Rupture sera prononcée aux torts de l'employeur et le salarié aura droit aux indemnités de rupture (licenciement, préavis…) et à une indemnité pour licenciement illicite qui ne pourra être inférieure à 6 mois de salaire.

(Si le salarié travaille ailleurs pendant ce temps (on ne considérera pas que c'est en soi une prise d'acte), on pourra éventuellement minorer le préjudice).

• Si l'employeur réintègre :

Problème : le licenciement a été prononcé et une période s'est coulée entre le licenciement et la réintégration : il va falloir indemniser cette période. **Soc 3 juil. 2003** (confirmation : **soc 25 janv. 2006**) : l'indemnisation pour la période entre le licenciement et la réintégration est limitée au montant des salaires dont le salarié a été privé dont on déduit les revenus qu'il a pu

tirer d'une autre activité professionnelle et les revenus de remplacement pendant cette période.

Cass a posé une exception : **soc 2 fév. 2006** : concerne la nullité du licenciement de salariés grévistes. CA accorde une indemnité égale à l'intégralité du montant des salaires qu'ils auraient du percevoir entre licenciement et réintégration. Cass : la grève est un droit constitutionnel. Violation d'un droit constitutionnel => CA a pu décider qu'on pouvait accorder au salarié une indemnité égale à l'intégralité des salaires qu'il aurait du percevoir sans déduire les Assedic et autres salaires. Décision étrange. Cas particulier pour la grève.

2. Le salarié ne demande pas sa réintégration

Dans ce cas, il a droit à des d&î : **soc 2 juin 2004**. Il a droit aux indemnités de rupture (licenciement, compensatrice de préavis) et d'autre part, il a droit à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice subi du fait de l'illicéité de son licenciement qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire. Cette indemnité est due quelque soit l'ancienneté du salarié.

Section 8 – Les préjudices particuliers dus au licenciement

§ 1 – La faute de l'employeur dans les circonstances de la rupture

Ex : licenciement dans des circonstances vexatoires ou humiliantes. **Soc 25 fév. 2003** : salarié commet faute grave donc licenciement justifié mais l'employeur raconte à tout le monde le comportement du salarié = circonstances humiliantes. Le salarié a droit à des d&î sur le fondement de l'article **1147 cciv** qui réparent le préjudice moral qu'il a pu subir. C'est totalement indépendant de la cause réelle et sérieuse.

§ 2 – Les stock-options

Pour les lever, il faut être dans l'entreprise donc le licenciement prive le salarié de lever ses options sur actions. Cass : salarié a droit à une indemnité seulement si le licenciement est injustifié : préjudice particulier du au fait qu'il n'ait pas pu lever ses options. Mais si le licenciement est justifié, pas d'indemnisation : soc 29 sept. 2004

Section 9 – La transaction

Convention par laquelle les parties mettent fin à un litige par des concessions réciproques. En matière prud'homale : le salarié renonce à contester son licenciement en échange de quoi l'employeur s'engage à lui verser une indemnité.

§ 1 – Conditions de validité de la transaction

A – Le moment de la transaction

Elle ne peut intervenir qu'une fois la rupture intervenue et définitive.

Cass : la transaction ne peut intervenir qu'une fois que le salarié a une connaissance effective des motifs du licenciement. Il faut que le salarié ait pris connaissance de la lettre de licenciement. **Soc 14 juin 2006**.

Si le salarié a signé une transaction avant ce moment, il peut demander la nullité de la transaction puis former une contestation.

B – Les concessions réelles de la part des parties

L'employeur doit avoir fait des concessions. Ex : il ne faut pas que l'employeur s'engage à lui verser seulement des indemnités qu'il aurait du, de toute manière, lui verser.

Tant qu'il y a une transaction, pas de discussion sur le fond donc il faut demander sa nullité. Le juge peut restituer aux faits invoqués dans la lettre de licenciement leur véritable qualification : **soc 21 mai 1997**. Le juge doit se limiter à ce qui est indiqué dans la lettre de licenciement et regarde ce qu'aurait du percevoir au minimum le salarié.

§ 2 – Effets de la transaction

Si la transaction est valable, elle a autorité de la chose jugée : elle interdit toute action en justice sur les points qu'elle a vocation à régler. Ex : transaction sur le licenciement => le salarié verra son action en justice contre son licenciement jugée irrecevable.

Titre V – Le licenciement pour motif économique

Définition et enjeux :

Le licenciement éco est celui qui intervient pour un motif non inhérent à la personne du salarié. la situation qui est à la base du licenciement n'est pas imputable au salarié mais à l'entreprise.

Principe : dès qu'on a un motif non inhérent à la personne du salarié, on applique le droit du licenciement éco.

2 implications :

- la cause réelle et sérieuse : on l'apprécie en se fondant sur les éléments définis à l'article **L321-1**

- que le licenciement soit justifié ou non, la loi prévoit un certain nombre de mesures spéciales d'accompagnement (priorité de réembauchage…)

§ 1 – La justification du licenciement pour motif économique (cause réelle et sérieuse)

• Principe :

Tout licenciement prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié est un licenciement pour motif éco.

• Exception : RTT

Elle concerne les licenciements qui interviennent dans le cadre de la réduction du temps de travail à 35h : les entreprises mettent en place ce passage => risque : réduction corrélative de la rémunération. Le salarié a le droit de refuser une réduction de sa rémunération. Licenciements qui font suite au refus par le salarié de sa baisse de rémunération = motif non inhérent (35h) donc licenciement éco. Donc risque que ça donne lieu à la mise en place de PSE. Pour prévenir ce risque, la **loi du 19 janv. 2000** prévoit dans un **article 30 II** de cette loi (sous L212-3 du code du travail) : lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de RTT, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif éco. C'est une exception légale. Donc on

n'apprécie pas la cause réelle et sérieuse selon L321-1 et pas de PSE si plus de 10 salariés. C'est un licenciement sui generis.

Appréciation de la cause réelle et sérieuse dans cette hyp : **soc 15 mars 2006** : application d'un AC de RTT, l'appréciation de la cause réelle et sérieuse se fait au regard des seules dispositions de l'AC.

Idée : on favorise la réduction négociée du temps de travail.

Dans un autre arrêt du **15 mars 2006** : la lettre de licenciement doit mentionner l'AC.

L'**article 30 II** ne s'applique pas si la réduction est mise en place unilatéralement par l'employeur. On appréciera alors la cause réelle et sérieuse au regard des dispositions de L321-1 => difficulté pour l'employeur de montrer que le licenciement est justifié (le seul passage au 35h sera surement considéré comme insuffisant à justifier le licenciement), PSE si plus de 10 salariés, priorité de réembauchage, ordre des licenciements.

L'art **L321-1** dit que constitue un licenciement pour motif éco, le licenciement …

Pour que le licenciement soit justifié, il y a 3 conditions :

- il faut des circonstances éco de nature à justifier le licenciement
- mesures qui affectent l'emploi
- l'employeur doit respecter ses obligations d'adaptation et de reclassement

A – Circonstances éco de nature à justifier le licenciement

La loi en fixe deux mais adverbe notamment.

1. <u>Hypothèses prévues par la loi</u>

a. *L'existence de difficultés économiques*

Jpc exigeante : il faut des difficultés réelles et durables. Elles doivent rendre nécessaire la prise de mesure par l'employeur.

Cela exclut : les pertes dues aux fluctuations normales du marché, une baisse du chiffre d'affaire n'est pas une difficulté éco, déficit temporaire non plus.

Cadre de l'appréciation des difficultés éco :

- Si l'entreprise n'appartient pas à un groupe : l'appréciation des difficultés éco s'effectue au niveau de l'ensemble de l'entreprise.

- Si l'entreprise appartient à un groupe, l'appréciation ne se limite pas à l'entreprise : elle se fait, non pas au niveau de l'ensemble du groupe mais au niveau du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise : **soc 5 avril 1995**. Si l'employeur n'apporte aucun élément sur la situation financière du secteur d'activité du groupe, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

Si les difficultés éco font suite à des erreurs de gestion de la part de l'employeur : est-ce susceptible de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse ? Cass : l'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable. L'erreur ne sera sanctionnée que si elle est constitutive d'une légèreté blâmable : **soc 14 déc. 2005**.

b. *Les mutations technologiques*

Licenciement éco justifié quand il intervient dans le cadre d'une modification technologique des techniques de travail.

2. <u>Hypothèses créées par la jpc</u>

a. *Sauvegarde de la compétitivité*

Adverbe notamment. Autres cas : on se demande notamment dans quelle mesure l'employeur peut-il réorganiser son entreprise alors qu'il ne connaît pas de difficultés éco ?

Soc 5 avril 1995 : lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés éco ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut justifier le licenciement pour motif éco que si elle est effectuée pour **sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe** auquel elle appartient.

Cass dégage le concept de sauvegarde de la compétitivité. La situation de l'entreprise est saine. Mais il faut une logique d'anticipation : but de sauvegarder la compétitivité. L'employeur qui invoque ce motif devra rapporter la preuve d'un danger, d'une menace sur sa compétitivité. Montrer que s'il ne procède pas à la réorganisation, il va connaître des difficultés éco. Idée que sinon, il y aura des licenciements beaucoup plus nombreux.

Rappel de cette définition dans arrêts « **Pages Jaunes** » du **11 janv. 2006** : la réorganisation est susceptible de justifier un licenciement… (Cass ne parlait pas de la situation de la concurrence, d'où les critiques).

Confirmation : **soc 31 mai 2006** : il faut caractériser l'existence d'une menace. Implique une comparaison de l'entreprise avec les entreprises concurrentes, le marché.

Cas pratique : montrer le rapport avec la concurrence : moins compétitive que les autres donc à terme il y aura des difficultés éco. Si on ne rapporte pas menace sur la compétitivité ou si c'est pour gagner de la compétitivité par rapport à la concurrence, ce n'est pas possible.

Le juge peut-il contrôler l'ampleur d'une réorganisation ?

Idée que la réorganisation excède ce qui est nécessaire à la sauvegarde. **AP Sat 8 déc. 2001** : le juge n'a pas à substituer son appréciation à celle de l'employeur en recherchant s'il existait d'autres moyens moins coûteux en emploi de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Le juge n'a pas à apprécier l'opportunité des choix de gestion de l'employeur.

b. *Cessation d'activité*

Soc 16 janv. 2001 : la cessation d'activité de l'entreprise est une cause réelle et sérieuse sauf lorsqu'elle est due à une faute ou légèreté blâmable de l'employeur.

Ex : employeur qui part à la retraite et qui n'a pas de successeur.

Ex de faute de l'employeur : restaurant fermant pour non respect des règles d'hygiène => licenciement sans cause réelle et sérieuse (seul moyen d'éviter les PDH : transiger).

C'est la cessation définitive qui est visée. La cessation temporaire ne justifie pas le licenciement éco. Ex : fermeture d'un établissement n'est pas une cessation d'activité de l'entreprise.

B – Mesure affectant l'emploi

1. Mesure de suppression ou transformation d'emploi

Suppression d'emploi : les emplois n'existent plus. Si on met des contrats précaires à la place du salarié licencié, il n'y a pas de suppression de l'emploi => licenciement injustifié.

Question des délocalisations : cass considère que le transfert d'emploi à l'étranger dans un milieu différent équivaut à une suppression d'emploi : **soc 5 avril 1995**.

2. Modification du contrat de travail refusée par le salarié

Ex : face à des difficultés éco, on demande aux salariés une modification de leur contrat de travail. Le licenciement éco sera celui qui fait suite au refus du salarié.

NB : Motivation de la lettre de licenciement éco : le motif est suffisamment précis lorsqu'on trouve d'une part les circonstances éco qui ont justifié le licenciement (réorganisation, cessation d'activité…) et d'autre part la conséquence sur l'emploi. Jpc constante, notamment : **soc 24 sept. 2002**.

C – Les obligations d'adaptation et de reclassement

1. Obligation d'adaptation

Domaine d'application beaucoup plus large que le licenciement éco. L'employeur a une obligation générale d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, et ce tout au long de la relation de travail = l'employeur ne peut pas se contenter de se prévaloir d'une évolution à laquelle le salarié n'est pas adapté. S'il est possible de former le salarié, l'employeur doit financer cette formation : **soc 25 fév. 1992**.

Limite de cette obligation d'adaptation : **soc 3 avril 2001** : elle ne peut avoir pour effet d'imposer à l'employeur d'assurer au salarié une formation initiale qui lui fait défaut.

C'est une formation pour adapter les compétences du salarié.

2. Obligation de reclassement

Avant tout licenciement éco, l'employeur doit proposer au salarié tout emploi disponible conforme à ses qualifications. Le licenciement n'aura de cause réelle et sérieuse que si le reclassement est impossible. Soit j'ai proposé et le salarié a refusé, soit je n'ai aucun poste disponible qui corresponde aux qualifications du salarié.

S'il y a avait des postes disponibles, le licenciement sera injustifié.

Portée de cette obligation : **L321-1** : l'employeur doit proposer en priorité des emplois de même catégorie que l'emploi du salarié. A défaut, l'employeur doit proposer des emplois de catégorie inférieure si le salarié peut les occuper.

Cadre de cette obligation : elle s'exécute dans l'entreprise ou le cas échéant au groupe.

Dans tous les cas, l'employeur est tenu d'une obligation **individuelle** de reclassement : offres écrites et précises (**L321-1**), même s'il a établi au préalable un PSE (planifie toutes les mesures susceptibles de permettre le reclassement). Cass : même quand un PSE est établi (et prévoit donc les emplois disponibles), l'employeur doit faire au salarié des offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées : **soc 18 janv. 2005**.

§ 2 – Les mesures d'accompagnement

A – Le PSE

1. Mise en place du PSE

L321-4-1 : dans les entreprises d'au moins **50 salariés**, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à **10** dans une période de **30 jours**, il y a une obligation pour

l'employeur d'établir un PSE pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter le reclassement des personnes dont le licenciement ne peut être évité.

La mise en place du PSE a lieu **avant toute mesure individuelle** de licenciement : lorsqu'on **envisage** les licenciements.

Lorsque la transformation entraîne des modifications du contrat de travail : la modification doit être proposée au salarié. Doit-on présenter le PSE dès le stade de l'offre de modification (dès qu'on propose à 10 salariés de modifier leur contrat) ou peut-on attendre la réponse et mettre en place le PSE si au moins 10 salariés refusent ?

Loi 18 janv. 2005 est revenu sur une jpc de 1996 : **L321-1-3** : l'employeur doit mettre en œuvre un PSE lorsqu'au moins 10 salariés ont refusé la modification de leur contrat de travail et que leur licenciement est envisagé.

2. Le contenu du PSE

L 321-4-1 donne des exemples de mesures : l'employeur n'est pas obligé d'envisager celles-ci et peut en prévoir d'autres.

Cass a instauré des principes quant au contenu. Elle a imposé aux juges du fond un contrôle juridictionnel assez approfondi. Elle a fixé 3 grands principes :

- principe de précision : **soc 17 oct. 1995 Everit** : le PSE doit contenir des mesures précises et concrètes pour permettre le reclassement du personnel et ainsi éviter les licenciements ou en limiter le nombre. En l'espèce : l'employeur s'engage s'il le peut à reclasser = déclaration d'intention. Le PSE doit mentionner le **nombre** et la **nature** des postes de reclassement à pourvoir.

- exigence de pertinence des mesures prévues dans le PSE : **soc 28 mars 2000** : l'employeur doit mettre en œuvre toutes les mesures possibles pour maintenir l'emploi et faciliter le reclassement.

- principe de proportionnalité : **L321-4-1 dernier alinéa** : la validité du PSE est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou le cas échéant l'UES ou le groupe auquel elle appartient. Appréciation au cas par cas.

3. Sanction

L321-4-1 : en l'absence de PSE, la procédure de licenciement est nulle et de nul effet.

Soc 13 fév. 1997 Samaritaine : la nullité qui affecte le PSE s'étend à tous les actes subséquents. Par conséquent, les licenciements, qui constituent la conséquence de la procédure de licenciement, sont eux-mêmes nuls.

L122-14-4 : fixe les conséquences de la nullité des licenciements : 2 possibilités :

a. *Le salarié demande sa réintégration*

En principe, la réintégration est de droit. Obligatoire sauf si matériellement impossible or c'est souvent le cas. Cass reste très stricte : elle considère, notamment **soc 30 mars 1999**, que la fermeture de l'établissement dans lequel travaillait le salarié ne rend pas la réintégration matériellement impossible. Chercher dans autres établissement. Pour l'instant, seule la disparition de l'entreprise a rendu la réintégration matériellement impossible (**soc 15 juin 2005**).

Le juge va-t-il devenir moins strict ? Le législateur est intervenu le **18 janv. 2005** pour modifier **L122-14-4** : l'employeur est tenu de réintégrer le salarié sauf quand la réintégration est matériellement impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site, ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. Volonté de limiter l'exigence de réintégration.

Question du périmètre de la réintégration : si l'entreprise appartient à un groupe : cass limite le périmètre de la réintégration : **soc 15 fév. 2006** : le périmètre de l'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'entreprise.

b. *Le salarié ne souhaite pas être réintégré ou la réintégration est matériellement* impossible

Il aura droit à des d&î pour licenciement illicite mais qui ne peuvent être inférieurs aux salaires des **12 derniers mois**.

4. Action du salarié

Le PSE est un acte collectif. Dans Samaritaine : action collective pour faire annuler le PSE donc devant le TGI. Annulation obtenue et ensuite, les salariés ont saisi le CPH de demandes de réintégration. Est-ce qu'un salarié peut agir directement devant le CPH pour faire constater l'absence ou l'insuffisance du PSE et demander la nullité de son licenciement ?

Cass admet une telle action dans **soc 30 mars 1999** : les salariés ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard de l'article **L321-4-1** devant le CPH. Le salarié ne demande pas l'annulation du PSE mais de son licenciement.

Danger : source d'insécurité juridique pour l'employeur. Ex : 200 salariés licenciés sur toute la France : potentiellement, il peut y avoir 200 actions individuelles. Divergences possibles. Intervention de la loi pour limiter cette insécurité en fixant des délais pour agir : **loi 18 janv. 2005** : **art L321-16** : le salarié dispose d'un an à compter de la notification de son licenciement pour en contester la régularité ou la validité (vs 5 auparavant).

NB : Cet article parle de contestation de la régularité (procédure) et de la validité (nullité) donc ce délai serait applicable seulement aux contestations relatives à la procédure ou à nullité (validité du PSE) et non pas à la cause réelle et sérieuse. (Circulaire dit que ça marche pour toute action en contestation du licenciement).

Question : qu'en est-il quand il y a eu des problèmes liés au non respect de la procédure de mise en œuvre du PSE ? (consultation CE, règles de délai). Peut-on invoquer ces règles pour demander la nullité du licenciement pour procédure nulle ? Cass : en principe, non : le salarié ne peut pas invoquer une irrégularité de procédure pour demander la nullité de son licenciement. Il pourra seulement demander des d&î en réparation du préjudice éventuellement subi.

Exception : le salarié peut obtenir la nullité de son licenciement si l'irrégularité de procédure a été soulevée avant le terme de la procédure à un moment où celle-ci pouvait être reprise ou suspendue : un PSE est mis en œuvre. A terme, on procède à des licenciements. Si l'irrégularité est invoquée avant le terme, l'employeur pouvait reprendre sa procédure et ne pas procéder immédiatement aux licenciements. Dans ce cas, le salarié pourra demander la nullité de son licenciement : **soc 7 avril 2004**.

5. La mise en œuvre du PSE

Le PSE contient des obligations à la charge de l'employeur : obligations de reclassement… si l'employeur licencie le salarié sans mettre en œuvre les mesures prévues par le PSE, cass considère que l'inobservation des engagements prévus dans le PSE est constitutive d'un manquement de l'employeur à son obligation de reclassement et dans ce cas, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse : **soc 6 juin 2000** => d&î.

Le PSE ne crée aucune obligation pour le salarié : il peut refuser toutes les mesures. Il ne commet aucune faute : **soc 29 janv. 2003** : employeur avait licencié pour faute grave.

B – L'ordre des licenciements

Pour tout licenciement éco : motif non inhérent à la personne du salarié donc l'employeur n'est pas libre de licencier les salariés de son choix et doit respecter certains critères qui permettront de choisir ceux qui seront licenciés.

L321-1-1 : les critères doivent être fixés soit par AC soit, à défaut, unilatéralement par l'employeur après consultation des RP. La loi fixe trois critères : qualités professionnelles, ancienneté, certaines caractéristiques sociales particulières (charges de famille, handicap…)

Dans l'AC, l'employeur doit dire que telle qualité professionnelle est égale à tant de points… Il établit un barème. Au moment de mettre en œuvre le licenciement, on applique le barème : celui qui aura le moins de points sera licencié. Jpc : on peut prévoir d'autres critères et l'employeur peut privilégier certains critères mais il ne peut pas exclure totalement les critères légaux.

L'appréciation se fait ensuite par catégorie professionnelle : on supprime 2 postes de secrétaire => on l'applique à toutes les secrétaires de l'entreprise.

Sanction :

- doit-on communiquer les critères au salarié ? **L122-14-2** : l'employeur doit communiquer au salarié licencié qui le demande les critères de licenciement.

- Si le salarié conteste devant le tribunal : l'employeur doit fournir des données précises et vérifiables (**soc 16 sept. 2003**)

S'il s'avère que l'employeur n'a pas respecter ou mis en œuvre les critères, cass : le non respect des critères de licenciement ne prive pas le licenciement de cause réelle et sérieuse mais le salarié peut demander la réparation d'un préjudice pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi.

Cette indemnité pour non respect des critères d'ordre ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse quand celle-ci est due au salarié : **soc 5 oct. 1999**.

Donc si on a un licenciement sans cause réelle et sérieuse, pas la peine d'aller voir l'ordre (ou alors le faire à titre subsidiaire).

C – La priorité de réembauchage

L122-14-2 : l'employeur doit mentionner l'existence de la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement. A défaut, indemnisation du préjudice subi.

L321-14 fixe le régime : elle dure pendant un an à compter de l'expiration du préavis. L'employeur doit lui proposer en priorité tout emploi compatible avec ses qualifications.

Pour qu'elle soit mise en œuvre, il faut que le salarié manifeste le souhait d'en bénéficier. Sinon, employeur pas tenu de la mettre en œuvre.

Non respect de la priorité de réembauchage => droit à d&î qui ne peuvent être inférieurs à 2 mois de salaires.

16/08/2006

Titre VI – La maladie

Section 1 – les obligations des parties pendant la période de suspension

Les obligations principales des parties sont suspendues : pas de travail, pas de rémunération.

§ 1 – La portée de la suspension sur les obligations du salarié

Le salarié est dispensé de collaborer avec son employeur (**soc 25 juin 2003**). Mais il reste un lien, le contrat n'est pas rompu. Il reste une obligation de loyauté. Ex : il ne peut pas refuser de communiquer à l'employeur des informations qu'il détient et qui sont nécessaires à l'activité de l'entreprise (ex : rendre les dossiers qu'il détient). Mais il n'est pas tenu de fournir une prestation de travail.

• Question relative à l'exercice d'une autre activité par le salarié alors qu'il est censé rester chez lui : Cass dit que le fait pour le salarié d'exercer une autre activité ne constitue pas en soi un manquement à son obligation de loyauté (**soc 16 juin 1998** : carte postale de Yougoslavie. Licenciement pour faute. Employeur invoque violation des obligations vis-à-vis de la SS. Cass : violation des obligations du salarié envers la SS ne peut justifier un licenciement).

• Pour que l'activité du salarié justifie un licenciement, il faut qu'elle soit caractéristique d'un acte de déloyauté. Ex : salarié qui vient travailler quelques heures pour remplacer un ami ne caractérise pas un acte de déloyauté (soc 2002). Soc 21 oct. 2003 : un mécanicien réparait des véhicules pour son compte et en faisant appel à un autre salarié de l'entreprise => atteinte aux intérêts de l'entreprise => acte de déloyauté, justifiant le licenciement.

§ 2 – La portée de la suspension sur les obligations de l'employeur

Principe : l'employeur n'a pas à verser au salarié une rémunération. Exceptions : très souvent dans les CC, on prévoit que l'employeur pendant une certaine période va verser des compléments de salaires au salarié.

Cette obligation est souvent conditionnée par une contre visite médicale : un médecin envoyé par l'employeur examine le salarié. Si le salarié refuse, il ne commet aucune faute justifiant son licenciement. Il perd seulement son droit aux indemnités de salaires conventionnelles. **Soc 13 juil. 2004** : le salarié ne commet aucune faute quand il s'en tient aux prescriptions de son médecin traitant.

Section 2 – la rupture du contrat de travail pendant cette suspension

L122-45 : le licenciement en raison de l'état de santé du salarié sauf inaptitude régulièrement constatée par le médecin du travail, est un licenciement discriminatoire donc nul. On ne peut pas justifier le licenciement par la maladie mais le licenciement n'est pas interdit.

Distinction entre maladie faisant suite à un accident domestique ou une maladie non professionnelle et suspension faisant suite à un AT ou une maladie professionnelle.

§ 1 – Suite à un accident ou une maladie d'origine non professionnelle

Jpc admet que le licenciement puisse être justifié quand il est motivé non pas par la maladie mais par les conséquences de l'absence du salarié sur la situation de l'entreprise = perturbations que l'absence du salarié occasionne (jpc constante : **soc 13 janv. 2001**). 2 conditions :

- absence prolongée ou absences répétées perturbant le fonctionnement de l'entreprise. c'est cette perturbation qui justifie le licenciement

- ces perturbations doivent entraîner la nécessité de remplacer le salarié de manière définitive.

• Modalités de ce remplacement définitif ?

L'employeur doit-il procéder au recrutement avant le licenciement ou licencier et mettre en œuvre ensuite la procédure de recrutement ? **Soc 10 nov. 2004** : le remplacement définitif doit

intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement. Délai apprécié souverainement par les juges du fond en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue du recrutement.

• Problème de la motivation de la lettre de licenciement : quand a-t-on un motif suffisamment précis ?

- au départ : **soc 10 nov. 2004** : cass considère qu'il suffit de mentionner que le salarié doit être remplacé définitivement

- revirement : **soc 19 oct. 2005** : la lettre doit indiquer l'existence de perturbations et la nécessité de remplacer définitivement

§ 2 – En cas d'AT ou de maladie d'origine professionnelle

L122-32-2 : pose une interdiction de licenciement à peine de nullité du licenciement. Sauf faute grave (ex : actes de déloyauté pendant la suspension) ou impossibilité non liée à l'accident ou à la maladie de maintenir le contrat de travail. (Ces 2 conditions sont les mêmes que pour la grossesse).

« Impossibilité non liée à l'accident ou à la maladie de maintenir le contrat de travail » = un motif éco ne caractérise pas en soi l'impossibilité de maintenir le contrat : **soc 17 nov. 2004**.

Soc 15 mars 2005 : la cessation d'activité permet de caractériser l'impossibilité. La force majeure aussi.

Section 3 – La reprise du travail à l'issue de la suspension

Si la suspension a duré plus de 8 jours pour un AT ou maladie professionnelle ou plus de 21 jours pour accident ou maladie non professionnelle, cela donne lieu à un **examen de reprise** par le médecin du travail. Cet examen doit avoir lieu au plus tard dans les 8 jours suivant l'issue de la suspension. **Soc 28 fév. 2006** : l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat donc il ne peut pas laisser le salarié reprendre son travail sans avoir fait procédé à l'examen médical par le médecin du travail. C'est une obligation.

§ 1 – Le médecin déclare le salarié apte

=> Le salarié retrouve son emploi ou un emploi similaire. Si l'employeur ne réintègre pas le salarié, le licenciement sera injustifié : licenciement sans cause réelle et sérieuse.

§ 2 – Le médecin déclare le salarié inapte à son emploi : l'inaptitude du salarié

A – Principe

L'inaptitude ne peut être constatée qu'à l'issue de 2 visites médicales espacées de 2 semaines (**R241-51-1**). L'employeur ne pourra pas procéder au licenciement pour inaptitude s'il n'y a eu qu'une seule visite médicale, sinon, le licenciement est nul (jpc constante : **soc 26 mai 2004**).

Exception : quand le médecin du travail indique expressément dans son 1er avis qu'il n'y aura qu'une seule visite ou que la reprise du travail occasionnerait un danger immédiat pour le salarié => possibilité de licencier.

B – Régime de l'inaptitude

L122-24-4 pour accident ou maladie d'origine non professionnelle et **L122-32-5 et suiv**. pour AT ou maladie professionnelle. Ces textes prévoient une obligation de reclassement à la charge de l'employeur : l'employeur doit tenter de le reclasser dans un emploi approprié à ses capacités. Pour cela, l'employeur peut se fier aux observations faites par le médecin du travail dans l'avis d'inaptitude. En l'absence d'observations, l'employeur ne peut pas se sentir dispenser de l'obligation. Il doit au besoin solliciter les observations de la part du médecin du travail (**soc 5 juil. 2006**).

Le cadre de cette obligation de reclassement est l'entreprise ou, le cas échéant, le groupe auquel appartient l'entreprise. Jpc très stricte. L'employeur doit dans tous les cas faire une rechercher effective de reclassement et le licenciement ne sera justifié que si le reclassement est impossible (ou si le salarié refuse les postes de reclassement). Même dans le cas où le médecin du travail aurait donné un avis d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, ça ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement (**soc 7 juil. 2004**). L'employeur doit faire des recherches, au besoin en mettant en œuvre des mutations, des transformations de postes de travail, des aménagements du temps de travail… Dans le 1er arrêt l'employeur ne

fait aucune recherche de reclassement => licenciement sans cause réelle et sérieuse. 2ème arrêt : l'employeur tente de transformer un poste et procède au licenciement => licenciement justifié.

C – Les conséquences du licenciement pour inaptitude

1. Hypothèse de l'inaptitude faisant suite à une maladie ou un accident d'origine non professionnelle

- Si le reclassement s'avère impossible, le licenciement est justifié et le salarié a droit à l'indemnité légale de licenciement s'il a plus de 2 ans d'ancienneté. Il n'a pas droit à une indemnité compensatrice de préavis puisque l'inexécution du préavis est imputable à sa situation.

- Si l'employeur n'a pas respecté son obligation de reclassement, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse => **L122-14-4 et 5**. Le salarié a droit à une indemnité compensatrice de préavis. Jpc considère que l'inexécution du préavis est imputable à l'employeur (**soc 26 nov. 2002**).

2. Hypothèse de l'inaptitude faisant suite à un AT ou à une maladie d'origine professionnelle

On n'applique pas les indemnisations classiques. On applique **L122-32-6 et 7** : régime indemnitaire particulier :

- si l'employeur a respecté son obligation de reclassement, le salarié a droit, selon L122-32-6, à une indemnité spéciale de licenciement, égale au double de l'indemnité de licenciement de droit commun (L122-9 donc deux ans d'ancienneté) ainsi qu'à une indemnité égale à l'indemnité compensatrice de préavis.

- Si l'employeur ne respecte pas son obligation de reclassement : dans ce cas, le salarié a droit aux indemnités de L122-32-6 mais en plus, le licenciement est injustifié => droit à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des 12 derniers mois (L122-32-7).

D – Hyp où l'employeur ne licencie pas le salarié inapte

Si l'employeur reste passif (déclaration d'inaptitude mais l'employeur ne reclasse pas et ne procède pas au licenciement), **L122-24-4** (accident et maladie d'origine non pro) et **L122-32-5** (AT, maladie pro) : l'employeur a un mois à compter de l'avis d'inaptitude, soit pour reclasser soit pour licencier. S'il ne fait rien, l'employeur est tenu de reprendre le paiement des salaires.

Cass : le paiement des salaires ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement. Le salarié peut à tout moment prendre acte de la rupture de son contrat de travail et dans ce cas, cette prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse : **soc 3 mai 2006**.

Titre VII – La modification du contrat de travail

Evolution d'un élément de la relation de travail. L'employeur peut-il changer cet élément sans l'accord du salarié ? Il faut déterminer si ce changement est constitutif :

- d'une modification du contrat de travail (=> 1134 cciv : accord préalable du salarié)
- ou d'un changement des conditions de travail (=> relève du pouvoir de direction de l'employeur et peut être mis en œuvre unilatéralement par l'employeur).

Section 1 – Distinction entre modification du contrat de travail et changement des conditions de travail

On se réfère très rarement à la volonté des parties. La jpc a dit, par arrêt successifs, ce qui relève du contrat de travail et ce qui relève du pouvoir de direction de l'employeur :

§ 1 – La rémunération

Arrêt de principe : **soc 19 mai 1998** : la rémunération contractuelle constitue un élément du contrat de travail de même que le mode de rémunération prévu au contrat. Ne peuvent être modifiés sans l'accord du salarié.

• Comment savoir si la rémunération est prévue au contrat ou non ? Cass dit qu'en principe, la rémunération contrepartie du travail résulte du contrat sous réserve du SMIC et des avantages résultant du statut collectif (**soc 20 oct. 1998**). Donc elle ne peut donner lieu à modification sans l'accord du salarié.

• Il en va autrement si la rémunération est prévue par le statut collectif. Eléments de la rémunération ou rémunération elle-même est déterminée par référence à la CC => cass considère que l'évolution s'impose aux salariés sans qu'ils puissent se prévaloir d'une modification de leur contrat de travail (**soc 27 juin 2000**)

• Si la rémunération est prévue par un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur :

- Si c'est un accessoire de rémunération, l'usage peut être dénoncé donc les salariés ne pourront pas se prévaloir d'une modification du contrat de travail.

- Hyp où la rémunération est entièrement déterminée par usage : cass : la dénonciation de l'usage ne constitue pas une modification du contrat de travail. Mais alors, l'employeur ne peut pas fixer unilatéralement la rémunération : elle doit résulter d'un accord avec le salarié ou, à défaut, il incombera au juge de fixer la rémunération (**soc 20 oct. 1998**).

• Les clauses de variabilité :

Permettent de faire varier la rémunération du salarié : cass : la clause qui permet à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération est nulle (**soc 30 juin 2000**). Les clauses qui prévoient des variations de rémunération ne sont valables qu'à trois conditions :

- elle doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur (ex : ventes du salarié, chiffre d'affaire de l'entreprise…)

- elle ne doit pas faire supporter au salarié le risque de l'entreprise : pas de clause prévoyant une diminution automatique en cas de difficultés éco ou de déficit (≠ chiffre d'affaire car chiffre global d'activité)

- il ne faut pas que la clause réduise la rémunération en dessous du SMIC ou des minima conventionnels => le salarié aura forcément droit au SMIC.

§ 2 – La qualification professionnelle du salarié

Dans quelle mesure l'employeur peut-il faire évoluer es fonctions exercées par le salarié sans avoir à lui demander son accord ? Soc : l'employeur peut modifier les fonctions du salarié tant qu'il reste dans le cadre de sa qualification professionnelle.

Qu'est-ce que la qualification professionnelle ? 2 éléments :

- activité, domaine de compétence pour lequel le salarié a été engagé. Ex : cuisinier ne peut pas exercer les fonctions de magasinier

- niveau de responsabilité du salarié : ni augmenter ou baisser les responsabilités du salarié sans son accord.

Mais dans le cadre de la qualification professionnelle, l'employeur peut changer ses tâches (**soc 10 mai 1999** : ouvrière agricole affectée à al collecte des citrons. L'employeur lui

demande d'égrainer les bananes. Cass : changement des conditions de travail. Donc refus = faute justifiant le licenciement.

§ 3 – La durée du travail

Volume de la prestation de travail. Principe : **soc 20 oct. 1998** : la durée du travail prévue au contrat est un élément du contrat de travail donc ne pouvant être modifié sans l'accord du salarié.

Cass : demander à un salarié de passer d'un temps plein à un temps partiel est une modification du contrat de travail, même si une clause du contrat prévoit cette possibilité **soc 29 juin 1999**.

Problème au moment du passage de 39 à 35 heures (lois 1998 et 2000). Intervention du législateur : **L212-3** : la **seule** diminution du nombre d'heures stipulées au contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. « Seule » donc seulement baisse du volume horaire et pas baisse corrélative de la rémunération. Pour que ce texte s'applique, il faut un AC (=> RTT par acte unilatéral nécessite l'accord du salarié).

§ 4 – Les horaires de travail

Répartition de la durée du travail. Pour un salarié à temps partiel, la répartition est un élément du contrat de travail.

S'agissant d'un contrat à temps plein, la jpc est plus souple. Arrêt de principe : **soc 22 fév. 2000** : le changement d'horaire consistant en une nouvelle répartition au sein de la journée constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur. Il va falloir regarder l'ampleur du changement.

Journée de travail : 6h-21h : on peut changer les horaires au sein de cette tranche. Sauf si le salarié a réussi à contractualiser ses horaires de travail (rare).

L'employeur peut-il changer les jours de travail, notamment pour faire travailler le salarié le samedi ? Cass : le travail le samedi, qui est un jour ouvrable, est un changement des conditions de travail qui peut être imposé unilatéralement (**soc 17 oct. 2000**).

En cas de changement plus important, c'est une modification du contrat de travail. Cass : le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit est une modification du contrat de travail, qui ne peut être mise en œuvre sans l'accord du salarié (**soc 22 mai 2001**).

§ 5 – Le lieu de travail

Soc 4 mai 1999 : pour apprécier la nature du changement du lieu de travail, on doit se baser sur des éléments objectifs. Le changement s'apprécie simplement selon les lieux de travail respectifs du salarié.

Ex : un salarié travaille à Paris et on lui demande d'aller travailler à Chartres, on appréciera seulement la distance entre ces deux villes. Pas de prise en compte de la situation personnelle du salarié.

A – Notion de secteur géographique

Cass : le changement de lieu de travail est constitutif d'une modification du contrat de travail quand le nouveau lieu se situe dans un **secteur géographique** différent du premier.

A contrario, l'employeur peut changer unilatéralement le lieu de travail du salarié à condition de rester dans le même secteur géographique (même arrêt).

Secteur géographique : s'apprécie au cas par cas par les juges du fond mais doit être apprécié de manière objective. Comment apprécier ? Bassin d'emploi, réseau de transport… Ex : dans une zone urbaine, déplacement d'une commune à une autre : même secteur géographique (**soc 3 mai 2006**).

B – Clause du contrat de travail mentionnant un lieu précis

Quelle est la valeur de la clause mentionnant dans le contrat de travail un lieu de travail précis ? **Soc 3 juin 2003** : la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information : pas de valeur contractuelle, ce n'est pas un élément du contrat de travail. Cass précise qu'il n'en est autrement que s'il est stipulé par une clause claire et précise, que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. Volonté claire de contractualiser le lieu de travail.

C – Clause de mobilité géographique

Cette clause permet à l'employeur de modifier le lieu de travail de manière unilatérale de façon plus large. Le changement est alors un simple changement des conditions de travail, qui s'impose au salarié. Validité des clauses de mobilités : jpc a posé récemment des exigences de prévision : **soc 7 juin 2006** : cette clause doit définir précisément sa zone géographique d'application. On ne peut pas prévoir que l'employeur pourra modifier cette zone unilatéralement. La clause doit être déterminée, limitée. (Ex de zone géographique déterminée : l'ensemble de la France métropolitaine).

D – Déplacements temporaires

On demande au salarié pour quelques jours ou mois d'aller travailler en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement. Le fait que ce soit temporaire permet-il à l'employeur de l'imposer unilatéralement ? **Soc 22 janv. 2003** : l'employeur peut imposer au salarié un déplacement occasionnel en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions implique de sa part une certaine mobilité géographique (appréciation au cas par cas). En l'espèce : chef de chantier envoyé 3 mois.

E – Le domicile

Question du domicile : est-ce un lieu de travail comme les autres ? Demander au salarié de travailler à domicile en prétextant que son domicile est dans le même secteur géographique ? Ou inversement ? Non, le domicile est le siège de la vie privée du salarié. C'est donc une modification du contrat de travail (**soc 2 oct. 2001**).

Soc 31 mai 2006 : parties avaient convenu que la salarié effectuerait une partie de son travail chez elle. L'employeur lui dit de venir travailler définitivement dans les locaux de l'entreprise : cass : lorsque les parties ont convenus d'une exécution de tout ou partie du travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié.

<u>§ 6 – La mise à disposition</u>

Le salarié va, de manière temporaire, travailler avec un autre employeur, au sein d'une autre entreprise. En réalité, elle ne fait pas changer d'employeur. Le salarié reste subordonné à son employeur, qui le paye…

La mise à disposition ne constitue pas en soi une modification du contrat de travail (**soc 1er avril 2003**, **15 mars 2005**).

A l'inverse, si l'employeur demande au salarié d'aller travailler définitivement ailleurs (autre société du groupe par ex) : cass : le transfert du salarié d'une société à une autre est une modification du contrat de travail, peu important que les sociétés aient à leur tête e même dirigeant : **soc 5 mai 2004**.

Section 2 – La mise en œuvre de la modification du contrat de travail

§ 1 – La procédure

Dans tous les cas, l'employeur doit recueillir l'accord préalable du salarié. Si l'employeur la met en œuvre de manière unilatérale, le salarié peut agir en justice et demander le maintien du contrat aux conditions initiales (**soc 26 janv. 2001**). Le salarié peut prendre acte de la rupture aux torts de l'employeur ou demander la résiliation judiciaire de son contrat.

La procédure diffère selon que modification pour motif personnel ou économique.

A – Modification pour motif personnel

Il faut toujours un accord express du salarié. Le silence du salarié ou le fait que le salarié exécute le contrat aux nouvelles conditions ne vaut pas acceptation (jpc constante). Même quand la modification intervient pour motif disciplinaire (rétrogradation, mutation… il faut le consentement du salarié). Si le salarié refuse la modification, l'employeur pourra prononcer une autre sanction : **soc 16 juin 1998**.

Soc 7 juil. 2004 : le fait d'avoir proposé au salarié une modification du contrat de travail ne prive pas l'employeur de la possibilité de se prévaloir d'une faute grave. Ce n'est pas le refus du salarié qui constitue une faute mais le comportement initial du salarié.

B – Modification pour motif économique

Procédure prévue par **L321-1-2** : l'employeur doit faire une proposition par LRAR. Le salarié a un mois pour refuser. Loi prévoit que le silence du salarié à expiration du délai vaut acceptation. L'employeur pourra mettre en œuvre la modification.

Sanction du non respect de cette procédure ? **Soc 25 janv. 2005** : l'employeur qui ne respecte pas l'article L321-1-2 ne peut se prévaloir ni d'une acceptation ni d'un refus du salarié. (Même si le salarié refuse l'employeur ne peut pas s'en prévaloir pour licencier => licenciement injustifié).

Si le salarié donne sa réponse en cours de délai : **soc 10 déc. 2003** : le salarié refuse au bout d'une semaine et l'employeur engage de suite la procédure de licenciement => licenciement sans cause réelle et sérieuse du fait que la procédure de licenciement avait été engagée avant l'expiration du délai de 30 jours. Dans tous les cas, l'employeur doit laisser passer le délai de 30 jours. Le salarié peut changer d'avis semble dire qu'il y a un droit de rétractation : rapport de la cour de cassation sur cet arrêt).

§ 2 – Les conséquences du refus du salarié

Jpc constante : le salarié a toujours le droit de refuser une modification de son contrat de travail. Le refus de la modification du contrat de travail n'est jamais constitutif d'une faute et ne justifie pas à lui seul le licenciement (**soc 7 juil. 1998**).

Le licenciement peut être justifié si les motifs à l'origine de la proposition de modification constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement. *Il faut les étudier dans un cas pratique.*

Section 3 – La mise en œuvre du changement des conditions de travail

Il relève du pouvoir de direction de l'employeur qui peut donc l'imposer. Le refus du salarié est donc une insubordination. Pendant longtemps on considérait que le refus du salarié était constitutif d'une faute grave (**soc 10 juil. 1996**). Aujourd'hui, elle considère que le refus, s'il constitue une **cause réelle et sérieuse de licenciement**, **n'est pas à lui seul constitutif d'une faute grave** (**soc 11 mai 2005**, **soc 14 déc. 2005**).

L'inexécution du contrat aux nouvelles conditions est imputable aux salarié => pas le droit à indemnité de préavis. Seul enjeu : droit à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Mais le refus n'est pas nécessairement constitutif d'une faute grave. Enjeu important : salarié en CDD : rupture seulement pour faute grave.

Le refus du changement des conditions de travail est une cause réelle et sérieuse de licenciement mais pas une faute grave.

Le licenciement pourra être injustifié si le changement des conditions de travail est de mauvaise foi ou n'a pas été mis en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise. Cass : pour **certains changements**, l'employeur doit respecter un délai de prévenance suffisant (**soc 15 mars 2006**, **4 avril 2006**).

• Question : est-ce que ça signifie que l'employeur doit justifier à chaque fois les raisons qui l'ont poussé à changer les conditions de travail ? **Soc 23 fév. 2005(2 arrêts)** : non. La bonne foi étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de changer les conditions de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise. Il appartient au salarié de démontrer la mauvaise foi de l'employeur ou la contrariété à l'intérêt de l'entreprise.

- 1er arrêt : changement du secteur d'activité. Le routier refuse. Cass : le salarié n'a rapporté aucun élément susceptible de rapporter la contrariété à l'entreprise. Licenciement justifié.

- 2ème arrêt : salarié démontre que l'employeur a agi avec une précipitation suspecte et que l'employeur voulait la licencier puisqu'il lui avait donné des avertissements infondés = circonstances de fait montrant que l'employeur était de mauvaise foi. Cass : licenciement sans cause réelle et sérieuse.

• Question : peut-on contester les clauses de mobilité au regard de l'art **L120-2** ? Dire que la mobilité porte atteinte à des droits fondamentaux du salarié et donc regarder si justifié et proportionné. **Soc 28 mars 2006** : la mutation géographique n'est pas en soi attentatoire à la liberté de domicile. Discutable.

• Question : problème du changement des conditions de travail ayant des effets sur la rémunération du salarié : concerne principalement les salariés ayant une rémunération variable. Hyp : un salarié travaille dans un magasin et a une part de sa rémunération fonction du CA du magasin. L'employeur met en œuvre la clause de mobilité. L'autre magasin a un CA moindre => mutation occasionne une perte de rémunération très importante pour le salarié. Pas de changement des taux de rémunération prévus au contrat donc pas véritablement de modification de la rémunération telle que prévue au contrat. Cass : le salarié a le droit de refuser sa modification. La mise en œuvre d'une clause de mobilité peut être refusée par le salarié si elle entraîne une diminution de sa rémunération (**soc 15 déc. 2004**). Impose une sorte de neutralité salariale de la clause de mobilité.

Titre VIII – Le changement d'employeur en cas de transfert d'entreprise : L122-12 al 2

Transfert d'entreprise et d'activité d'une entreprise à une autre. Exception à l'effet relatif des contrats.

L122-12 : s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats en cours au jour de la modification, subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Principe = transfert automatique des contrats de travail en cas de changement d'employeur.

Dans quelles hyp applique-t-on ces dispositions ?

Section 1 – Les conditions d'application de l'article L122-12

2 grands types d'hyp :

- transfert d'activité par contrat entre un cédant et un cessionnaire
- perte d'un marché : ex : un donneur d'ordre donne une activité à une entreprise par contrat. Elle rompt le contrat et transfert l'activité à une autre entreprise. Les salariés sont-ils transférés au nouvel exécutant ?

AP 16 mars 1990 : L122-12 s'applique même en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs à tout transfert d'une **entité économique** conservant son **identité** et dont **l'activité est poursuivie ou reprise**. Donc couvre les 2 hyp.

3 conditions cumulatives :

§ 1 – Une entité économique

Soc 7 juil. 1998 (jpc constante) : **ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre**.

A – Ensemble de personnes et d'éléments corporels ou incorporels

Il faut donc un transfert de moyens d'exploitation. Ces éléments d'exploitation sont des actifs corporels ou incorporels.

Ex : vente des murs d'un fonds de commerce dans lequel j'emploie des salariés. Transfert d'éléments corporels donc les salariés seront transférés. Ex : machines… Ex : **Soc 9 nov. 2005** : une société reprend une activité de remonte pente => elle reprend l'ensemble du matériel de remonte pente => entité économique.

• Absence d'éléments corporels :

Il peut y avoir transfert d'une entité économique sans éléments corporels. Lorsque les éléments principaux d'exploitation sont incorporels. Ex : exploitation d'une marque. Ex : **soc 12 fév. 2003** : contrat de concession. Garage avec 20 salariés. Peugeot retire sa concession => ne peut plus exploiter la marque Peugeot. Peugeot donne son exploitation à un autre garagiste => cass : le changement de concessionnaire exclusif entraîne le transfert d'une entité économique.

• Absence d'éléments corporels et incorporels :

- En principe : s'il n'y a pas de transfert d'éléments corporels ou incorporels, en principe, il n'y a pas de transfert d'entité économique. Ex : **soc 6 nov. 2002** : nettoyage des lignes RATP. Société A nettoie les lignes avec son personnel et ses moyens. Recors à une société B = transfert d'activité mais la société B ne reprend aucun moyen d'exploitation de la société A. elle exploite le marché avec ses éléments propres => L122-12 ne s'applique pas. (Perte de marché par la société A mais elle ne suffit pas, il faut transfert de l'entité économique).

- Exception : certaines activités (nettoyage, gardiennage) ne nécessitent aucun élément corporel ou incorporel d'exploitation. Le seul élément est le personnel. Dans cette hyp, peut-on appliquer L122-12 ? **CJCE 11 mars 1997 Suzen** : dans ces entreprises où il n'y a pas d'actif et où le principal élément d'exploitation est le personnel, on considère qu'il y a transfert d'une entité économique si le nouvel employeur reprend une partie essentielle des effectifs en nombre et en compétence.

Cass réticente à admettre qu'il puisse y avoir une entité économique sans transfert d'éléments corporels ou incorporels. Généralement, elle exige un ensemble organisé de personnes **et** des éléments corporels ou incorporel. Mais quelques exemples, notamment **soc 24 sept. 2002** : cass a admis en l'absence d'éléments d'exploitation significatifs transférés, qu'il pouvait y avoir une entité économique quand le nouvel exploitant reprend la plus grande partie du personnel affecté à l'activité. Espèce : société de supermarché soustraite l'animation à une société qui emploie 213 salariés. Le supermarché décide de reprendre l'activité et reprend 210 salariés sur 213. Hyp d'absence d'éléments corporels ou incorporels. Cass : reprise d'une part essentielle du personnel donc application de L122-12 donc l'employeur devait reprendre l'ensemble du personnel.

B – Exercice d'une activité économique poursuivant un objectif propre

L'entité économique doit pouvoir **poursuivre un objectif propre**. Il faut que l'entité dispose d'une réelle autonomie par rapport à l'entreprise cédante, elle doit pouvoir fonctionner toute seule. On veut éviter l'externalisation. L'entreprise ne doit pas pouvoir fonctionner qu'avec l'entreprise initiale. Hyp où l'employeur démembre son entreprise. Ex : **soc 18 juil. 2000** : Perrier veut se débarrasser de salariés et les affecte à un atelier palettes puis cède l'activité. Or l'atelier palette ne dispose d'aucune comptabilité, aucun salarié ayant des compétences spécifiques qui permettent à l'activité de fonctionner toute seule. Pas de transfert quand il n'y a aucun personnel spécialisé, aucun moyen particulier tendant à de résultats spécifiques. Les salariés restent donc salariés de Perrier.

§ 2 – Conservation de l'identité

Le nouvel employeur doit exercer la même activité en utilisant les mêmes techniques de production. Le repreneur exerce l'activité en ayant recours aux **mêmes types d'emplois**. Ex : transfert d'un fonds de commerce où j'exploitais une boulangerie. Fonds de commerce devient une pharmacie => pas de transfert des contrats de travail.

Cass précise que dans l'hyp où le repreneur est une personne publique, qui reprend une activité exercée par une société privée, la reprise ne fait pas perdre à l'entité son identité (**soc 25 juin 2002** : clinique privée reprise par un CHU).

§ 3 – Poursuite ou reprise de l'activité

L122-12 s'applique même en cas d'interruption temporaire de l'activité à l'occasion du transfert.

Section 2 – Les effets de l'article L122-12

Tous les contrats de travail en cours au jour du transfert subsistent avec le nouvel employeur.

Si le nouvel employeur refuse de reprendre les salariés : du fait du transfert, le changement d'employeur est automatique. Que peut faire le salarié ?

- Les salariés peuvent saisir le juge des référés pour qu'il ordonne à l'employeur la continuation du contrat de travail.

- Le salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail. La prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Les contrats sont transférés dans les mêmes conditions. L'employeur peut changer les conditions de travail ou proposer aux salariés de modifier leur contrat de travail (**soc 17 sept. 2003**). Attention : cass dit que l'employeur ne peut pas proposer une modification du contrat de travail le jour même du transfert. Dans ce cas, cela revient à faire de la modification du contrat de travail un préalable la reprise du salarié, ce qui reviendrait à éluder l'art L122-12 (**soc 9 mars 2004**).

Pour le salarié, le transfert du contrat est automatique. Le salarié ne peut pas s'opposer à l'application de L122-12 (mais il garde la possibilité de démissionner donc pas contrariété avec CJCE).

• Problème des licenciements économiques prononcés à l'occasion du transfert. Hyp : juste avant le transfert, le cédant procède au licenciement pour motif éco de son salarié. Pratique frauduleuse de licenciement pour éviter le transfert. Généralement en cas de procédure collective, le cédant licenciait tous les salariés avant la cession d'activité. Jpc :

- **soc 20 janv. 1998** : lorsque le cédant prononce un licenciement pour motif éco à l'occasion d'un transfert d'entreprise, ce licenciement est sans effet. La seule possibilité pour le salarié est de demander la poursuite de son contrat de travail avec le repreneur. Solution injuste pour le salarié qui s'était cru licencié sans savoir que l'entreprise avait été reprise

- **soc 20 mars 2002** : si en principe, le licenciement éco prononcé à l'occasion d'un transfert est sans effet, le salarié dispose d'une **option** : soit il demande la poursuite de son contrat de travail au repreneur, soit il se prévaut de son licenciement et demande la réparation au cédant.

Ce droit d'option est en réalité limité :

- **soc 11 mars 2003** : dans cette hyp, le salarié ne peut pas se prévaloir du licenciement s'il a été effectivement repris par l'employeur ou si le nouvel employeur l'a informé avant la fin du délai de préavis de son intention de poursuivre le contrat de travail.

Titre IX - Durée du travail et rémunération

Section 1 – Le temps de travail effectif

Qu'est-ce que le temps de travail devant donner lieu à rémunération ? C'est le **temps de travail effectif** : **L212-4** : temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et ne peut vaquer à ses occupations personnelles. Donc même si le salarié dort pendant le travail (ex : veilleuse de nuit dans une maison de retraite), c'est du temps de travail effectif. Elle ne peut pas vaquer à ses occupations (**soc 9 mars 1999**).

• Temps de trajet est-il du temps de travail effectif ? Distinguer :

- temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail n'est pas du temps de travail effectif (**L212-4 al 4**). Difficulté se posait lorsque le salarié mettait un certain temps : excédait le temps habituel. Loi : dans tous les cas, le temps entre le domicile et le lieu de travail n'est pas du temps de travail effectif. En cas de déplacement exceptionnel, l'employeur doit prévoir des compensations.

- temps de déplacement entre 2 lieux de travail **: soc 16 juin 2004** : c'est du temps de travail effectif

• Temps de travail effectif et astreinte (attention) : **L212-4-10** : période pendant laquelle, sans être à la disposition de l'employeur, le salarié a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'effectuer un travail au service de l'employeur. AC ou employeur doit prévoir une rémunération des périodes d'astreinte mais ce n'est pas une rémunération comme du temps de travail effectif : l'employeur est libre de fixer la rémunération.

Pour qu'il y ait astreinte, il faut que le salarié puisse être a son domicile ou à proximité et qu'il puisse vaquer à ses obligations personnelles. Temps passé dans des locaux aménagés par l'entreprise = temps de travail effectif (**soc 2 avril 2003**).

Toute heure effectuée au-delà de la durée légale ou conventionnelle est une heure supplémentaire (L212-5) donc doit donner lieu à majoration.

Section 2 – La rémunération

§ 1 – Régime de la rémunération

• preuve des heures de travail ?

L212-1-1 : en cas de litige relatif au nombre d'heures effectuées, l'employeur doit fournir au juge des éléments de nature à justifier les heures réalisées par le salarié. Le juge forme sa conviction au regard des éléments apportés par chacune des parties. La preuve des heures effectuées ne pèse donc pas sur le seul salarié. cf. **soc 24 mars 2004** : le salarié n'a pas à rapporter la preuve irréfutable des heures qu'il a effectuées. Partage de la charge de la preuve.

Mais **soc 25 fév. 2004** précise qu'il incombe au salarié de fournir préalablement des éléments de nature à étayer se demande.

Si le salarié ne fournit aucun élément, il sera débouté. Mais une fois qu'il a rapporté certains éléments, on n'attend pas de lui la preuve irréfutable. L'employeur devra apporter des éléments.

Attention : L'action en paiement des salaires est soumise à la prescription quinquennale.

Temps de travail effectif doit être payé mais prescription (**L143-14**). Mais cass fait une interprétation très large de ce texte : applique la prescription quinquennale à toute action engagée à raison de sommes afférentes au salaire due au titre du contrat de travail (**soc 13 janv. 2004**, **16 déc. 2005**). Donc impossible de demander des d&î pour violation du repos dominicale, car c'est une somme afférente au salaire. Cass a tendance à l'appliquer à toutes les sommes due à l'exécution du contrat de travail.

§ 2 – Montant de la rémunération

A – Le SMIC

Salaire horaire de 8, 27 euros bruts de l'heure. Sur la base d'un temps plein : 1254 euros bruts par mois.

Rémunération minimale à laquelle a droit le salarié quelque soit le mode de rémunération pratiqué pour le nombre d'heures qu'il a effectuées (**soc 25 mai 2005**). Donc même lorsque le salarié est payé à la tâche, il ne pourra pas obtenir moins que le SMIC pour le volume de travail qu'il a fourni.

Eléments de rémunération pris en compte dans la détermination du SMIC : ex : salaire de base + prime d'ancienneté = SMIC. Est-ce possible ? Les primes doivent-elles nécessairement s'ajouter au SMIC ? Sous l'article L141-1 : Jpc éparse mais directive générale : en principe, doivent être pris en compte dans la détermination du SMIC tous les éléments qui sont liés directement à l'exécution d'une prestation de travail. Ex : prime de rendement récompense l'exécution d'une prestation de travail.

Tous les éléments qui ne sont pas liés à l'exécution d'un travail ne sont pas pris en compte dans le calcul du SMIC. Ils s'y ajouteront. Ex : prime d'ancienneté, intéressement.

B – Principe « à travail égal, salaire égal »

C'est un principe dégagé par la jpc. On peut l'invoquer dans une copie, c'est un principe de droit. Origine de ces règles : disposition sur l'égalité homme/femme (L140-2, …).

Soc 29 oct. 1996 : l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération à tous les salariés pour autant que ces salariés sont placés dans une situation identique. L'employeur reste libre de fixer les salaires et d'accorder des avantages mais il ne peut plus le faire de manière arbitraire. Il doit pouvoir justifier par des éléments objectifs et vérifiables.

On retrouve cette idée dans les règles de preuve de la violation de ce principe : **soc 25 mai 2005** : s'il appartient au salarié qui invoque une violation du principe de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe ensuite à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs susceptibles de justifier cette différence. Cass dégage de nombreux éléments objectifs pouvant justifier une différence de traitement (qualité du travail fourni, pénibilité du travail, ancienneté, période de pénurie de main d'œuvre…). *Cf. communiqué cour de cassation dans le fascicule. Dans cas pratique, discuter la présence d'éléments objectifs susceptibles de justifier la différence de traitement.*

Sanction : fournir au salarié des rappels de salaire.

Titre X – Le droit disciplinaire

L122-40 : on applique le droit disciplinaire dès lors que l'employeur prononce une sanction. Sanction : L122-40 : constitue une sanction toute mesure autre que les observations verbales prise par l'employeur à la suite d'un agissement considéré par lui comme fautif. La mesure qu'il prend est une sanction (ex : mise en œuvre d'un changement des conditions de travail en réaction à une faute du salarié => application du droit disciplinaire. **Soc 15 janv. 2002**).

Enjeux :

- application de **L122-41** : procédure de sanction
- **L122-43** : le salarié peut contester la sanction devant le CPH

Grands principes :

- **principe « non bis in idem »** : un même fait ne peut pas faire l'objet de deux sanctions. Ex : **soc 10 mai 2003** : mise à pied disciplinaire (suspension du contrat de travail pendant 3 jours) puis licenciement pour les mêmes faits => licenciement injustifié. Ex : lettre d'avertissement constitue une sanction ! Limite : un salarié commet une faute, s'il commet la même ou une autre, on pourra invoquer la première pour procéder à une sanction plus lourde. Il faut une nouvelle faute.

- Le **pouvoir de l'employeur est limité dans le temps** : **L122-44** : aucun fait fautif ne peut engager **à lui seul** des poursuites disciplinaires au delà d'un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance. Au-delà, la sanction sera injustifiée. Exception : lorsque le fait donne lieu à des poursuites pénales => l'employeur peut attendre la fin des poursuites pénales pour engager les poursuites disciplinaires.

  « à lui seul » : nouveaux faits fautifs => possibilité d'invoquer le premier à l'appui d'une sanction.

  L122-44 ne s'applique pas en cas de persistance des faits fautifs. La prescription ne court pas.

  Ex : **soc 13 janv. 2004** : le salarié ne vient plus. A son retour, l'employeur licencie pour faute grave. Connaissance de l'absence depuis plus d e2 mois mais ca ne s'applique pas car persistance des faits fautifs.

L122-44 prévoit une amnistie : aucune sanction antérieure à plus de 3 ans ne peut plus être invoquée à l'encontre du salarié.

Section 1 – La procédure disciplinaire : L122-41

- Convocation à un entretien préalable
- Entretien préalable (pas de délai prévu entre les 2 => raisonnable, assistance d'une personne appartenant au personnel de l'entreprise)
- Notification de la sanction par lettre motivée.

Applicable pour toutes les sanctions disciplinaires sauf avertissement. L'envoi d'une lettre suffit.

A compter de la date de l'entretien préalable, l'employeur dispose d'un mois maximum pour prononcer la sanction. Au-delà de ce délai, la sanction sera injustifiée.

Licenciement disciplinaire => combiner **L122-14** et **L122-41**. En réalité, on applique les dispositions les plus favorables (celles de la procédure de licenciement). Avoir el réflexe des délais : 2 mos pour engager procédure de sanction et 1 mois pour notifier.

Si le salarié a commis des faits très graves, sa présence dans l'entreprise pendant la procédure peut poser des difficultés => loi prévoit la possibilité en cas de faute grave ou lourde de mettre le salarié à pied de manière conservatoire pendant la durée de la procédure. La MAP n'est pas une sanction. C'est une mesure dans l'attente d'un licenciement.

≠ MAD est une sanction.

Cas pratique : mettre une MAP avant le licenciement : conservatoire ou disciplinaire. Si c'est une MAD, on ne peut pas la prendre car non bis in idem.

Pour que ce soit une MAC : il faut engager de manière concomitante une **procédure de licenciement** (**soc 18 fév. 1998**).

Conditions quant au terme de la MAP : pendant longtemps on distinguait selon qu'elle avait un terme précis ou pas :

- terme précis => MAD
- **terme imprécis => MAC**

S'il y a un terme précis : Evolution jpc : aujourd'hui, cass considère qu'il peut y avoir MAC même s'il y a un terme précis dès lors que ce terme est **postérieur au prononcé du licenciement** (**soc 30 sept. 2004**).

En pratique les employeurs mettent à pied pour une période maximale de 15 jours. Si le licenciement intervient pendant ces 15 jours, c'est une MAC.

Section 2 – Le contrôle de la sanction

Certains types de sanction sont interdits : **L122-42** : les amendes et sanctions pécuniaires sont prohibées. Ca concerne la sanction qui porte directement sur la rémunération du salarié : retenue sur salaire, paiement d'une somme d'argent. Cette sanction est nulle.

Ex : le salarié qui détruit du matériel : si faute lourde, engagement de sa responsabilité. Mais en dehors de ça, on ne peut pas lui demander de rembourser.

Hyp : Rétrogradation => touche moins que ce qu'il touchait avant. La baisse de rémunération est la conséquence d'une autre sanction. Il n'y a pas là de sanction pécuniaire (**soc 7 juil. 2004**).

L'employeur peut prononcer la sanction de son choix. Il dispose d'un pouvoir d'individualisation en matière disciplinaire (jpc constante, notamment **soc 15 mai 1991**) : il peut sanctionner différemment des salariés ayant participé à la même faute.

Réserve : ne pas commettre de discrimination au sens de **L122-45** : pas de différence en raison du sexe, de l'appartenance syndicale…

Section 3 – La contestation judiciaire de la sanction

L122-43 : le salarié peut contester sa sanction devant le CPH.

Mais cet article ne s'applique pas quand la sanction consiste en une rupture du contrat de travail (**soc 31 janv. 2004**):

- Licenciement : on appliquera le droit du licenciement.

- Rupture anticipée du CDD pour faute grave : droit de la rupture anticipée du CDD

CPH vérifie la régularité de la procédure et regarde si les faits reprochés au salarié étaient de nature à justifier la sanction prononcée.

L122-43 : Le CPH a un pouvoir d'annulation de la sanction irrégulière, injustifiée ou disproportionnée.

- sanction injustifiée : le salarié n'a pas commis de faute ou la faute avait déjà été sanctionnée, prescription. L'employeur ne pouvait pas sanctionner.

- sanction irrégulière : pas de respect de la procédure => cass considère que le juge a un pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une annulation. Le juge n'est pas obligé d'annuler la sanction (**soc 14 nov. 1995**).

- sanction disproportionnée : le juge annule la sanction. Jpc précise que dans cette hyp, le juge n'a pas de pouvoir de modulation (**soc 16 déc. 2003**). Mais dans cette hyp, cass considère que si l'employeur avait respecté à l'origine la procédure, suite à cette annulation, l'employeur garde la possibilité de prononcer une sanction moins lourde.

NB : Il peut arriver que la procédure disciplinaire soit mise en place par **CC** : procédure disciplinaire particulière, notamment procédure de licenciement particulière. En pratique, CC prévoit que le **licenciement disciplinaire** ne pourra intervenir qu'après avis d'une commission disciplinaire.

Que se passe-t-il si l'employeur ne respecte pas cette procédure ? Cass : cette garantie (garantie procédurale conventionnelle) est une garantie de fond pour le salarié donc l'employeur qui ne respecte pas la procédure conventionnelle devra payer des d&î pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (jpc constante, notamment **soc 9 mai 2000**).

Dans cette hyp se pose la question du délai d'un mois : cass considère que le délai d'un mois court à compter du jour où la commission a donné son avis (**soc 31 oct. 2000**).

Le droit syndical

L411-1 : un groupement peut se prévaloir de la qualité de syndicat quand il a exclusivement pour objet la défense des droits et intérêts des personnes visées à son statut.

Section 1 – La liberté syndicale

§ 1 – Aspect individuel

L411-5 : le salarié a la liberté d'adhérer au syndicat de son choix.

L411-8 : le salarié doit pouvoir se retirer à tout moment d'un syndicat auquel il aurait adhéré. Liberté de ne pas se syndiquer.

• Protection de cette liberté contre les agissements de l'employeur :

- **L412-2** : interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance syndicale du salarié pour arrêter des décisions concernant la relation du travail

- **L122-45** : prohibe les discriminations en raison de l'appartenance syndicale

• Sanction :

- Sanction de la prise en considération de l'appartenance syndicale : **nullité de la mesure** (visée à L122-45).

- Mais aujourd'hui, cass va plus loin : quand c'est une mesure positive de la part de l'employeur, on comprend l'intérêt de la nullité mais souvent, la prise en considération concerne des abstentions de l'employeur (ex : ne pas donner une prime) => cass : **obligation pour l'employeur de réparer intégralement le dommage** subi du fait de la discrimination. Cela oblige l'employeur notamment à replacer le salarié qui a subi la discrimination dans la situation où il aurait du se trouver si la discrimination n'avait pas eu lieu (notamment **soc 23 nov. 2005** : salarié dont la carrière est bloquée, pas d'avancement en raison de son appartenance syndicale. Cass : l'employeur peut être condamné à donner au salarié un poste à un échelon supérieur. => rappels de salaires, d&î…).

- De plus, L412-2 renvoie à l'art **L481-3** : **sanction pénale** : délit de prise en considération.

• Problème de preuve :

Jpc consacrée par **L122-45** a instauré un partage de la charge de la preuve.

- Dans un 1er temps, le salarié devra apporter au juge des éléments de faits susceptible de caractériser une rupture d'égalité (donner au juge des éléments de comparaison). A défaut, on ne considérera pas qu'il y a discrimination.

- C'est ensuite à l'employeur de démontrer que la différence de traitement est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. S'il ne parvient pas à justifier la différence de traitement par des éléments objectifs, la discrimination sera établie.

• Prescription :

Jusqu'à quand peut-on remonter pour caractériser et réparer l'existence d'une discrimination ? Logique des employeurs, préjudice = perte de salaire donc prescription quinquennale vs logique des salariés : responsabilité contractuelle, prescription trentenaire. Cass **soc 15 mars 2005** : l'action en réparation d'une discrimination se prescrit par 30 ans. Justification :

- L412-2 parle de d&î

- Question d'opportunité liée aux particularités du contentieux de la discrimination : s'établit sur une très longue période.

§ 2 – Aspect collectif

La loi prévoit qu'on peut créer librement un syndicat (liberté de constitution) et qu'il peut fonctionner librement : **L411-2 et s**.

Au sein de l'entreprise : **L412-1**, les syndicats professionnels peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises.

L'employeur a une obligation de neutralité vis-à-vis des syndicats (**L412-2 al3** : le chef d'entreprise ne doit employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque). Sanction : **soc 10 juil. 2001** : tout syndicat victime d'une mesure prise en contradiction avec l'article L412-2 peut en demander l'annulation.

On considère quand même que l'employeur peut accorder des avantages aux syndicats. Généralement c'est par AC : AC relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Ex : prévoient des DS supplémentaire, surcroît d'heures de délégation, locaux… Ces AC doivent bénéficier à tous les syndicats représentatifs (**soc 29 mai 2001**).

Ces AC peuvent limiter les avantages aux seuls syndicats représentatifs.

Section 2 – La représentativité syndicale

La loi donne aux syndicats de très nombreuses prérogatives qui leur permettent de représenter des intérêts beaucoup plus larges que ceux de leurs seuls adhérents. Ex : la NC : on donne la possibilité à un syndicat de négocier un AC, qui va s'appliquer à l'ensemble des salariés dans le champ d'application de l'accord.

Or un syndicat peut se constituer librement. La représentativité est la qualité qui va permettre d'exercer les prérogatives. On mesure l'aptitude du syndicat à défendre un intérêt collectif plus large que celui de ses seuls adhérents.

§ 1 – La représentativité présumée (par affiliation)

L412-4 : tout syndicat affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national est présumé irréfragablement représentatif.

=> CGT, CFDT, FO, CFTC, CFECGC (présomption ne valant que pour les cadres, **soc 24 juin 1998**).

Un seul syndicat par entreprise peut bénéficier de la représentativité par affiliation. Hyp où deux organes de la CGT veulent désigner un DS : cass : il ne peut y en avoir qu'un seul : un syndicat affilié à la même confédération ne peut désigner un DS que si le 1er a été révoqué (**soc 22 juin 2005**).

§ 2 – La représentativité prouvée

L133-2 : 5 critères :

- effectif
- indépendance
- cotisations
- expérience
- ancienneté

(Oublier l'attitude patriotique pendant l'occupation).

Appréciation se fait au cas par cas, les critères ne sont pas cumulatifs. Mais un seul critère ne suffit pas. Critère essentiel qu'on doit toujours retrouver : l'indépendance. Elle est présumée. Ce sera à la personne qui conteste de prouver la dépendance.

Soc 3 déc. 2002 : dès lors qu'il constate l'indépendance, et qu'il caractérise l'influence du syndicat au regard des critères de l'art L133-2 du code du travail, le juge apprécie souverainement la représentativité.

Il faut donc :

- constater l'indépendance

- caractériser l'influence au regard des autres critères : discuter par rapport aux données de fait dans le cas pratique.

On apprécie au regard :

- au regard de critères quantitatifs : **effectif du syndicat**. Est-il significatif ? L'effectif s'apprécie de manière relative : par rapport au nombre de salariés dans l'entreprise. Mais si peu d'effectif mais quand même le plus d'adhérents, le critère sera caractérisé.
- On regarde aussi s'il existe des critères qualitatifs : **expérience, ancienneté du syndicat**.
- Même si c'est un syndicat nouveau, on peut aussi prendre en compte **l'activité du syndicat**.
- On prend aussi en compte **l'audience électorale**.

La représentativité s'apprécie au regard du syndicat et non de la personne de ses adhérents : hyp où les adhérents sont des anciens syndicalistes auprès d'un autre syndicat. Cass : critère inopérant (**soc 21 mai 2003**).

• Cadre d'appréciation de la représentativité ?

La représentativité s'apprécie toujours dans le cadre d'exercice de la prérogative pour laquelle elle est invoquée. (Notamment soc 7 déc. 1995). Donc la représentativité est toujours discutée devant le juge à l'occasion d'une prérogative par le syndicat (désignation d'un DS, participation à la NC… = réservés aux syndicats représentatifs). Jamais d'action purement déclaratoire.

Si désignation dans un établissement, on appréciera l'activité syndicale au sein de l'établissement.

Vs : si prérogative qui concerne l'ensemble des salariés de l'entreprise, la représentativité s'apprécie pour l'ensemble des salariés de l'entreprise (jpc constante, **soc 25 janv. 2006**).

Donc attention, dans les cas pratique si on nous donne l'effectif total de l'entreprise. Ou encore xx : 10% aux élections PDH = niveau national donc aucun intérêt pour apprécier la représentativité dans l'entreprise.

Section 3 – L'action syndicale dans l'entreprise

§ 1 – Moyens attribués à la section syndicale

L412-6 : chaque syndicat représentatif peut décider de constituer dans l'entreprise une section syndicale qui assure la représentation des intérêts de ses membres.

La section syndicale est un groupement de fait : regroupement des membres du syndicat dans l'entreprise. Pas de personnalité morale donc elle ne peut pas faire d'actes juridique (action en justice, désignation DS, ne peut pas être assignée en responsabilité…). Généralement, le syndicat désigne un DS et jpc considère que l'existence d'une section syndicale est établie par cette désignation (**soc 27 mai 1997**). Le syndicat va alors demander les moyens attribués à al section syndicale.

Moyens de la section syndicale : **L412-7 à L412-10** : cotisations syndicales…

• **L412-8** : moyens de communication :

Modalités de communication :

- Le syndicat représentatif a droit à des panneaux d'affichage réservés mis à disposition de la section syndicale.

- Distribution de tracts dans l'enceinte de l'entreprise aux heures d'entrée et de sortie du personnel (pas pendant les heures de travail)

- Un AC peut autoriser la communication de tracts soit sur l'intranet de l'entreprise, soit par le biais de la messagerie électronique de l'entreprise (**loi 4 mai 2004**). Cet AC fixe les règles d'utilisation. **Soc 25 janv. 2005** : la diffusion de tacts sur la messagerie électronique de l'entreprise n'est possible que s'il existe un AC ou si l'employeur l'a autorisé.

Contenu de ces communications : **L412-8** : le contenu des communications syndicales est libre sous réserve des dispositions relatives à la presse (loi 1881 : injure, diffamation). Que peut faire l'employeur en cas de tracts injurieux ou diffamatoires ?

- si ces tracts figurent sur les panneaux d'affichage, l'employeur ne doit pas les arracher car c'est un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. L'employeur doit saisir le juge des référés pour lui demander une autorisation de les retirer. (cela ne vaut que pour les panneaux syndicaux. Si tract sur une porte, quel que soit le contenu, l'employeur peut les arracher). Il pourra y avoir engagement de sanctions pénales contre l'auteur des tracts et des sanctions contre le salarié (sanction disciplinaire).

• **L412-9** : le local syndical :

Entreprise de plus de 200 salariés : 1 local pour toutes les organisations. Si plus de 1000 : un local par organisation.

• **L412-10** : possibilité d'organiser des réunions.

<u>§ 2 – La désignation du DS</u>

L412-11 et s.

Le DS a pour fonction de représenter le syndicat auprès de l'employeur. Il a une fonction de porte parole des revendications des salariés.

Le DS ne peut être désigné que dans les entreprises de plus de 50 salariés. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, la loi prévoit qu'il peut y avoir désignation d'un DS mais on ne peut désigner qu'un DP élu pour al durée de son mandat.

Conditions de la désignation :

- **L412-14** : conditions relatives au salarié (18 ans, pas de casier judiciaire, 1 an d'ancienneté)

- **L412-15** : conditions relatives à la désignation : elle se fait par notification à l'employeur par LRAR et s'agissant des autres syndicats et des salariés de l'entreprise, elle se fait par affichage sur les panneaux syndicaux. A partir de cet affichage court le délai de 15 jours pour contester la désignation devant le TI. Délai de 15 jours à peine de forclusion. Passé ce délai, la désignation est purgée de tout vice. Elle en pourra plus être remise en question.

  Soc 5 mai 2004 : entreprise de moins de 50 salariés, l'employeur avait laissé désigner un DS. Délai passé. 2ème syndicat le fait alors. L'employeur conteste mais cass : en vertu du principe d'égalité, l'employeur de moins de 50 salariés ne peut refuser la désignation d'un DS dès lors qu'il l'a accepté pour un autre syndicat représentatif.

Les Institutions Représentatives du Personnel

Le DP :

L422-1 et s. Entreprises d'au moins 11 salariés.

Son rôle : rôle de réclamation : il porte à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives des salariés. Il veille également à l'application du droit du travail et au respect des libertés dans l'entreprise. Il peut saisir l'IT en cas de difficultés.

Le CE :

L434-1. Il assure l'expression de l'intérêt des salariés au moment ou l'employeur prend des décisions. Rôle d'information et de consultation concernant les décisions du chef d'entreprise et un rôle de gestion directe des ASC

Le DS :

Fonction de revendications.

Egalement CHSCT, comité de groupe.

Section 1 – La mise en place des IRP

§ 1 – Les seuils d'effectifs

L412-11 : DS

L421-1 : DP

L431-1 : CE

Pour savoir si l'effectif est atteint : l'effectif se calcule sur une période de 3 ans et il doit avoir été atteint pendant 12 mois consécutifs ou non. Calcule mois par mois.

Quels salariés va-t-on prendre en compte ? **L620-10** : concerne toutes les dispositions du code du travail. On prend en compte :

- les salariés en CDI et les travailleurs à domicile. Ils sont pris en compte intégralement.

- les salariés à temps partiel : ils ont pris en compte en divisant leur durée du travail par la durée légale ou conventionnelle (salarié à mi-temps compte ½, salarié à 34h => 34/35ème).

- les salariés en CDD ou les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure : ils sont pris en compte au pro rata de leur temps de présence au cours des 12 derniers mois. Attention : ces salariés ne compte pas s'ils sont là pour remplacer un salarié en CDI (on ne compte pas les 2 salariés).

Cass : les salariés dirigeants et détachés sont pris en compte (**soc 26 sept. 2003**).

§ 2 – Les modalités de mise en place (élection ou désignation)

Le DS est désigné par le syndicat.

Les DP et membres du CE sont élus par le personnel de l'entreprise et depuis août 2005, leur mandat est d'une durée de 4 ans.

A – Qui est électeur, qui est éligible ?

• Sont électeurs : **L423-7, L433-4** :

- En principe, la qualité d'électeur est attachée à la qualité de salarié de l'entreprise. Sont donc électeurs tous les salariés de l'entreprise (même les salariés détachés et salariés dont le contrat de travail est suspendu)

- Sont exclus de l'électorat les cadres dirigeants : **soc 24 mai 2006** : salariés ayant une délégation particulière d'autorité établie par écrit ou salariés qui ont exercé à l'égard du personnel des obligations relevant de la responsabilité du chef d'entreprise.

=> Ces conditions s'appliquent aussi pour le DS.

• Sont éligibles : **L423-8, L433-5** :

Les électeurs ayant au moins 1 an d'ancienneté, 18 ans, etc.

Question des salariés mis à disposition par une entreprise extérieure :

En principe la qualité d'électeur est liée à la qualité de salarié de l'entreprise. Ex : démonstrateur dans magasin : salarié n'ont pas de contrat de travail avec l'entreprise. De plus, la gestion éco de l'entreprise ne les regarde pas. **Soc 30 avril 2003** : dès lors que les démonstrateurs sont intégrés dans la communauté des travailleurs salariés, ils sont électeurs et éligibles, même au CE.

Solution rappelée : **soc 23 mai 2006** : un fonctionnaire détaché au sein d'une entreprise. Intégré à la communauté du personnel (mêmes conditions de travail depuis un certains temps…), donc électeur et éligible même au CE.

B – L'organisation des élections

C'est une obligation pour l'employeur. Dès lors que les seuils d'effectifs sont atteints, l'employeur doit mettre en place les RP. Il doit informer par affichage son souhait d'organiser les élections et inviter l'ensemble des syndicats représentatifs à négocier un protocole d'accord préélectoral.

Si, faute de candidat, il n'y a pas d'élection, l'employeur va établir un PV de carence, qui sera transmis à l'IT. Ce PV montrera qu'il a respecté ses obligations. Evite risque de poursuites pour délit d'entrave.

Il n'a plus à organiser spontanément des élections avant 4 ans.

Mais il est tenu à tout moment d'organiser des élections si un salarié ou un syndicat représentatif lui en fait la demande. S'il refuse alors que les conditions d'effectif sont remplies, il commet un délit d'entrave aux prérogatives de l'IRP à mettre en place.

• Négociation d'un protocole d'accord préélectoral : on y fixe les modalités des élections (date, lieu, collèges….). Il doit être adopté à l'unanimité.

• Scrutin : à la proportionnelle.

- Au 1er tour, seules les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent présenter des candidats. Avant ce 1er tour, seules les organisations syndicales représentatives peuvent faire de la propagande électorale et l'employeur est astreint à une obligation de neutralité (**soc 14 janv. 2004**).

- Second tour si les suffrages exprimés au 1er tour ont été inférieurs à la moitié des inscrits (participation inférieure à 50%). Tous les salariés éligibles peuvent alors se présenter.

• Litige : action dans les 15 jours de l'élection devant le TI.

§ 3 – Le cadre de la mise en place des IRP

A – Dans le cadre de l'entreprise

Une entreprise à plusieurs centres d'activité, établissements distincts. Ex : SS à Paris, centre d'activités à Marseille, Toulouse et Lille. Mise en place des RP communs à toute l'entreprise ou pour chaque centre d'activité ?

Loi fait appel à la notion d'établissement distinct. Elle vise à implanter les RP là où ils vont être le mieux à même d'exercer leur mission. Cette notion est relative : elle varie selon le type de représentation du personnel qu'on souhaite mettre en place.

1. DP et DS

Ces salariés ont une mission de porte parole. Elle implique une proximité. Pour ces RP, on considère qu'il y a établissement distinct dès lors qu'on a une communauté de travail avec des intérêts particulier et qu'au sein de cette collectivité il y a un représentant de l'employeur qui peut entendre les réclamations et les revendications (peu importe qu'il puisse y satisfaire dès lors qu'il peut les transmettre).

Soc 29 janv. 2003 : DP : le regroupement d'au moins 11 salariés ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes, et qu'elles travaillent sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamation, il y a établissement distinct.

Soc 24 avril 2003 : DS : regroupement d'au moins 50 salariés ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications …

2. Le CE

Rôle : donner un avis sur les décisions de l'employeur qui concerne la gestion de l'entreprise donc pour qu'il ait une raison d'être, il faut qu'à la tête de l'établissement soit un personne qui dispose d'un pouvoir de gestion et susceptible de prendre des décisions.

Il faut donc que l'établissement regroupe au moins 50 salariés ayant des intérêts propres sous la direction d'une personne qui dispose d'un pouvoir de gestion autonome qui lui permette de prendre des décisions susceptibles de donner lieu à consultation du Comité d'établissement. **CE 15 mai 1991**. Compétence CE car L135-4 : la répartition de l'entreprise en comité d'établissement doit se faire par AC ou, en cas de désaccord, c'est le directeur départemental du travail qui procède à cette répartition.

B – Au sein d'entreprises juridiquement distinctes

Ex : groupe de sociétés. Ex : Vivendi : Vivendi Environnement, Vivendi Universal…

Principe : au sein d'un groupe de société, quand chaque entreprise a une activité distincte et ses propres salariés, il y aura des RP au sein de chaque entreprise (pas de DP communs, CE commun).

Mais la loi prévoit une institution spécifique : le comité de groupe : c'est une instance d'information. Il peut par exemple avoir un intérêt en cas de difficultés éco. Ce n'est pas un super CE. Prérogatives très limitées.

Hyp où il peut y avoir mise en place de RP communs à différentes sociétés (alors que PM distinctes) : hyp de l'**UES**. Notion jurisprudentielle apparue dans les 1970' pour contrer pratiques frauduleuses d'employeurs qui fragmentaient leur entreprise en sociétés juridiquement distinctes afin de ne pas atteindre les seuils d'effectifs.

Cette notion a été étendue en dehors de toute fraude à toutes les **situations où des sociétés juridiquement distinctes constituent, en raison de la complémentarité de leur activité, de leur communauté d'intérêt et de direction, un ensemble éco unique justifiant la mise en place de RP communs**.

Pour caractériser l'existence d'une USE, il faut

- une **unité éco** : 2 éléments : les différentes sociétés doivent être dirigées par les mêmes personnes (unité de direction) + les sociétés doivent avoir des activités similaires ou complémentaires.

- une **unité sociale** : les personnels des sociétés doivent former une même communauté de travail, s'ils ont les mêmes intérêts. On regarde si ces personnels sont gérés par un même pouvoir de gestion sociale (DRH commune, mêmes fiches de paie). Critère de la **permutabilité du personnel**. Salariés soumis au même statut.

=> On met en place des RP communs : un syndicat désigne un DS pour l'UES. Très souvent, l'employeur conteste devant le TI l'existence de l'UES. Donc UES reconnue par voie d'action en justice. Mais elle peut être reconnue par voie d'AC.

Soc 26 mai 2004 : les mandats en cours cessent au jour de l'élection au sein de l'UES.

Pendant longtemps, l'UES n'a servi qu'à la mise en place de RP communs. Question : doit-on apprécier l'existence d'une UES selon le type de RP à mettre en place ? Cass : non. **Soc 13 juil. 2004** : l'UES n'est pas une notion relative. Reconnaissance d'une UES répond à des critères propres, indépendants de la finalité des IRP à mettre en place.

L'existence d'une UES n'a-t-elle pas des implications plus larges que la représentation du personnel ? Ex : licenciement éco occasionnant plus de 10 licenciements. Une seule entreprise (en considérant l'UES comme une seule entreprise) => PSE. Si société de 20 salariés, pas de PSE. Cass :

- **Soc 2 déc. 2003** : en l'absence d'AC commun aux différentes composantes de l'UES, les accords particuliers à chacune des sociétés conservent leur champ d'application et ne sont pas applicables aux autres sociétés.

- **Soc 1er juin 2005** : application du principe « à travail égal, salaire égal » : UES composé de 2 sociétés. Reconnaissance de l'UES. Salarié de la société A ont des tickets resto et pas l'autre. Action des salariés de la société B. Cass les déboute : le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique qu'au sein de chaque société de l'UES. Pas d'application de ce principe à des salariés qui appartiennent des PM juridiquement distinctes.

Section 2 – Les moyens des IRP

§ 1 – Liberté de circulation

L412-17 : DS

L424-3 : DP

L434-1 : membres du CE

Très grande liberté de circulation à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise. Ils peuvent circuler librement pendant leurs heures de délégation comme en dehors de leurs heures de travail.

Limite : ne pas occasionner une gêne trop importante.

§ 2 – Les heures de délégation

1. Principe

Pour chaque type de représentation du personnel, la loi instaure un crédit d'heures :

- **L412-20** : DS
- **L424-1** : DP
- **L434-1** : membres du CE : 20 h/mois.

Ces salariés peuvent prendre ces heures sur leur temps de travail pour exercer leur mandat. En cas de pluralité de mandats, il y a cumul des crédits d'heures.

Ces heures sont considérées comme du temps de travail et rémunérées comme tel. Cass : le salarié ne doit subir aucun préjudice du fait de l'accomplissement d'heures de délégation. Ex : Pas de perte du droit à la prime de pénibilité, pas de diminution d'une prime au mérite… Aucun préjudice en termes de rémunération.

Ce crédit peut être augmenté par voie d'AC.

Si le crédit s'avère insuffisant, la loi prévoit possibilité de dépassement en cas de circonstances exceptionnelles : moment de la vie de l'entreprise qui requiert du RP plus de temps à l'exercice de son mandat. Circonstances inhabituelles : ex : licenciement collectif, conflit collectif.

Mais l'organisation des élections n'est pas une circonstance exceptionnelle, ni l'arbre de noël du CE.

2. Utilisation des crédits d'heures

Ce n'est pas un forfait que le salarié peut utiliser comme il l'entend. Principe : l'utilisation du crédit d'heure doit être **conforme à la mission confiée aux représentants**. Donc pas d'utilisation à des fins personnelles.

=> Appréciation au cas par cas selon le mandat du salarié : ex :

- DP : utilisation pour des tâches directement liées au personnel de l'entreprise (et pas pour aller à des réunions syndicales).

- DS : peut passer des heures auprès de son syndicat.

Principe d'une utilisation personnelle. Il est interdit aux RP de mettre en commun leur crédit d'heure

• Sanction d'une mauvaise utilisation du crédit d'heure :

- remboursement des salaires versés au titre du crédit d'heure

- sanctions disciplinaires

• Contrôle de l'utilisation des heures de délégation :

- si on est dans la limite légale ou conventionnelle :

La loi impose le **paiement préalable** des heures effectuées par le salarié (sous peine de délit d'entrave, condamnation au paiement des heures même s'il rapporte des preuves)

Présomption de bonne utilisation : l'employeur doit payer et s'il entend contester, il doit d'abord demander au salarié des indications quant à l'utilisation du crédit d'heures (**soc 4 juin 1991**). Le salarié doit alors fournir des **indications** (il ne peut pas se contenter de dire qu'il a fait un usage conforme) sur les activités exercées pendant les heures de délégation. Indications mais pas justificatifs.

Ensuite, l'employeur pourra agir devant le CPH pour demander le remboursement des heures versées. Ce sera à lui de rapporter la preuve de la mauvaise utilisation.

- En cas de circonstances exceptionnelles :

Soc 26 juin 2001 : ni le paiement préalable, ni la présomption de bonne utilisation ne s'appliquent aux heures prises au-delà du contingent d'heures légales ou conventionnelles. C'est au salarié qu'il incombe de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles et celle des heures qu'il a du effectuées.

Nb : pratique des bons de délégation.

§ 3 – Le statut protecteur

- **L425-1** : DP
- **L436-1** : membres du CE (jpc)
- **L412-18** : DS

Statut protecteur : la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ne peut intervenir qu'après une autorisation donnée par l'IT. A peine de nullité de la rupture.

A – Le champ d'application du statut protecteur

1. Bénéficiaires

Bénéficient du statut protecteur :

- tous les RP en exercice : DP et membres CE pendant leur mandat (4 ans), DS (durée indéterminée : tant que le syndicat n'a pas mis fin à son mandat)

- Anciens RP à compter de l'expiration de leur mandat : DP et membres CE (6 mois), DS (protection de 12 mois à condition d'avoir exercer les fonctions de DS pendant au moins 1 an)

- Candidats aux élections (6 mois à compter de leur candidature)

- Salarié qui demande à l'employeur d'organiser des élections (6 mois à compter du jour où sa demande est relayée par une organisation syndicale représentative, notamment 25 janv. 2006)

Question des RP créés par CC : ex : désignation de DP supplémentaire, IRP ad hoc. **Soc 12 juil. 2006** : les IRP créées par voie conventionnelle ne bénéficient du statut protecteur que si elles ont la même nature que celle prévue par la loi. (ex : membre d'un comité d'éthique : pas protégé vs DP supplémentaire).

2. Portée de cette protection : les modes ruptures

Texte ne prévoit que la protection contre le licenciement. Cass : **Ch. Mixte 21 juin 1974 Perrier** : la protection des RP est exceptionnelle et exorbitante du droit commun, instaurée dans l'intérêt de l'ensemble des salariés de l'entreprise et qui, par conséquence, interdit à l'employeur de poursuivre la rupture du contrat de travail par d'autres moyens.

Le statut protecteur s'applique à tous les modes de rupture dans lesquels l'employeur intervient :

- mise à la retraite,

- départ en préretraite,

- résiliation amiable,

- le seul fait pour l'employeur de proposer la résiliation amiable au RP est un délit d'entrave (**crim 6 janv. 2006**).

Validité d'une transaction ? **Soc 16 mars 2005** : est de nulle de nullité absolue la transaction signée avant le licenciement autorisé par l'IT (toute personne peut s'en prévaloir donc les salariés aussi). Donc transaction en peut intervenir que suite à un licenciement autorisé par l'IT. Licenciement puis transaction.

• Cas particuliers prévus par la loi :

- salarié protégé en CDD : l'employeur doit, 1 mois avant le terme, saisir l'IT qui autorisera à mettre fin au contrat à terme. Dans cette hyp, le contrôle est limité à l'absence de discrimination.

- en cas de transfert partiel d'entreprise : le transfert du salarié protégé est soumis à autorisation. Le contrôle est limité à l'absence de discrimination.

• Le statut protecteur est-il applicable pendant la période d'essai ?

La question ne se pose pas pour les DP, DS et membre CE puisqu'ancienneté. Concerne le conseiller prud'homme, le conseiller du salarié, le médecin du travail. Ces salariés ont un mandat qui n'est pas propre à l'entreprise. La loi leur étend la protection. Embauche d'un salarié qui est conseiller prud'homme. Le statut protecteur s'applique-t-il pendant la période d'essai ? **Soc 26 oct. 2005** : le statut protecteur s'applique à la rupture en période d'essai.

=> Le salarié doit-il dire qu'il a un mandat ou l'employeur peut-il le demander ? cf. problème du dol : l'existence d'un mandat n'a pas de lien direct avec les aptitudes du salarié.

=> Le fait d'être en période d'essai implique-t-il un contrôle particulier de la part de l'IT ? Question en suspend.

Un RP peut-il prendre acte de la rupture suite à un manquement de son employeur. Peut-il demander la résiliation judiciaire ? Cass : Le RP peut demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail (**soc 16 mars 2005**). Le salarié peut prendre acte de la rupture aux torts de l'employeur (**soc 5 juil. 2006**)

Effets de la prise d'acte : elle **produit les effets** soit d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur (si manquements suffisamment graves) soit d'une démission.

B – Les conditions de rupture du contrat de travail du RP

1. Procédure à suivre

L'employeur qui souhaite licencier un RP doit mettre en place la procédure individuelle de licenciement : procéder à l'entretien préalable.

Il doit, suite à cet entretien, consulter le CE. Cette consultation ne concerne que les élus du personnel.

Il fait ensuite une demande à l'IT qui :

- donne son autorisation => l'employeur peut procéder à la rupture

- refuse.

Difficulté quand le salarié a commis des actes graves : maintien dans l'entreprise ? La loi prévoit la possibilité de mettre à pied de manière conservatoire le salarié pendant la durée de la procédure.

Effets de la mise à pied sur le mandat ? Le contrat de travail est suspendu mais le mandat ? Pendant longtemps, jpc soc et crim distinguaient MAD et MAC : MAD ne suspendait pas le mandat (salarié pouvait venir exercer ses heures de délégation). Mais la MAC, prononcée en cas de faute grave ou lourde, suspendait le mandat.

- Revirement : **soc 2 mars 2004** : la MAP, quelle soit conservatoire ou disciplinaire, **ne suspend pas le mandat** (retenir cette position).

- Mais crim 2002 considère toujours que la MAC suspend le mandat.

Attention : licenciement disciplinaire : L122-41 : 1 mois après l'entretien préalable. Peut poser des problèmes. Donc cass : le délai d'un mois pour prononcer la sanction court à compter de l'autorisation (**soc 28 oct. 2003**).

2. <u>Le contrôle exercé par l'IT sur la demande de licenciement</u>

Fixé par 2 arrêts du CE :

CE 5 mai 1976 Safer d'Auvergne

CE 18 fév. 1977 Abellan

L'IT procède à un contrôle en 3 temps :

- L'IT vérifie si le licenciement n'est pas en rapport avec les fonctions représentatives ou l'activité syndicale du salarié. Si la mesure est en rapport, l'IT refusera.

- L'IT contrôle la justification du licenciement (même contrôle que celui de la cause réelle et sérieuse par l'autorité judiciaire, que ce soit pour motif personnel ou éco). Si licenciement pour faute, il faut regarder s'il s'agit d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier la rupture au regard des règles applicables au contrat de travail et aux exigences du mandat. On regarde ca au regard des exigences du contrat de travail mais aussi du mandat. Pour le licenciement éco, vérification si la situation éco justifie le licenciement en tenant compte de la nécessité de réduire les effectifs et des possibilités de reclassement.

- Parfois, même s'il existe un motif suffisant, l'autorité administrative peut refuser l'autorisation sollicitée s'il existe un motif d'intérêt général, sous réserve qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive à l'un ou l'autre des intérêts en présence. Motif d'intérêt général : le licenciement risque d'aboutir à une disparition d'un type de représentation du personnel dans l'entreprise ; certains auteurs considèrent que le maintien de la paix sociale en cas ou suite un conflit collectif peut constituer un motif d'intérêt général (Ray).

  Réserve : pas atteinte aux intérêts de l'employeur. Ex : violence sur l'employeur, entreprise en liquidation judiciaire.

C – La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail du salarié protégé

• On ne peut pas modifier son contrat de travail sans son accord.

• Changement des conditions de travail : on ne veut pas que l'employeur puisse empêcher le salarié d'exercer son mandat. Cass : en cas de changement des conditions de travail, l'employeur doit recueillir l'accord préalable du RP : **soc 5 mai 1998**, jpc constante. Face à un refus du salarié, il appartient à l'employeur :

- soit de maintenir les conditions initiales de travail

- soit de saisir l'IT d'une demande d'autorisation de licenciement.

Le salarié protégé n'a pas un droit de refuser le changement des conditions de travail. La question posée à l'IT saisi du litige est de savoir si le refus du changement des conditions de travail est une faute suffisamment grave pour justifier la rupture. En principe c'est une faute justifiant le licenciement. Le plus souvent l'IT donne son autorisation. Sauf lorsque le changement des conditions de travail **a pour effet d'empêcher l'exercice normal du mandat par le salarié**. cf. **CE 29 déc. 2000** : un salarié membre élu du CE, employeur l'envoyait à Varsovie par le biais d'une clause de mobilité. CE : empêche l'exercice du mandat donc le salarié ne commet aucune faute en refusant el changement des conditions de travail.

Absence d'accord => risque de prise d'acte de la rupture par le salarié ou saisine juge des référés pour maintien du contrat aux conditions initiales.

D – Les sanctions de la violation du statut protecteur (rupture sans autorisation)

- L'employeur commet un délit d'entrave.
- La rupture est nulle de plein droit, et ce quelques soient les faits reprochés au salarié.

2 hyp :

• le salarié demande sa réintégration : il a le droit à être réintégré dans son emploi ou à défaut dans un emploi équivalent. Il a droit d'être indemnisé pour la période allant du licenciement à la réintégration (cf. cours sur nullité licenciement). Cass : la réintégration doit être effective. Espèce : nullité licenciement, réintégration ordonnée, l'employeur met en disponibilité le salarié et attend la fin du statut protecteur.

• le salarié ne demande pas sa réintégration : jpc **soc 12 juin 2000**: le salarié qui est licencié sans autorisation et qui ne demande pas sa réintégration a toujours droit à une double indemnisation :

- **Indemnité venant sanctionner la violation du statut protecteur** : égale au montant des salaires que le salarié aurait du percevoir jusqu'à la fin de la période de protection. Ex : élu en août 2005 pour 4 ans donc jusqu'en août 2009 + protection de 6 mois = fév. 2010. Pour les DS, pas de terme à leur mandat donc cass : pour le DS, cette indemnisation est de 12 mois (**soc 27 oct. 2004**).
- **Indemnisation de la rupture du contrat de travail** : cass : il a droit, outre les indemnités de rupture (indemnité de licenciement, indemnité compensatrice de préavis), à une indemnité réparant le préjudice subi du fait de l'illicéité de la rupture, qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaires.

Aujourd'hui, le RP peut prendre acte de la rupture : si manquements suffisants de l'employeur, le salarié aura droit à cette double indemnisation.

D – L'autorisation du licenciement et son annulation

• Si l'IT a donné son autorisation administrative : l'employeur peut procéder à la rupture du contrat de travail. Le salarié ne peut pas contester la cause réelle et sérieuse de son licenciement devant le CPH (principe de séparation des pouvoirs, une autorité administrative s'est prononcée).

Le salarié pourra éventuellement demander des rappels de salaires, une indemnité de préavis (licenciement pour faute grave, je prétends que seulement sérieuse donc droit indemnité de préavis).

Le salarié peut faire un recours administratif contre l'autorisation dans les 2 mois : recours hiérarchique devant le ministre du travail puis possibilité cde contester cette décision devant le TA, le CAA et le CE.

• Que se passe-t-il quand l'autorisation de licenciement est annulée suite recours administratif ou juridictionnel ? Effets de l'annulation : **L425-3** (DP), **L436-3** (membre CE), **L412-19** (DS) : prévoient qu'en cas d'annulation de l'autorisation, **le salarié licencié peut demander sa réintégration dans les 2 mois**. => l'employeur est tenu de réintégrer le salarié. La loi précise que même si l'employeur fait un recours contre la décision d'annulation, le recours n'est pas suspensif.

- Le salarié peut demander sa réintégration et éventuellement des d&î pour le préjudice subi pour la période allant du licenciement à la réintégration (généralement, on regarde les salaires qu'il aurait du percevoir et on en déduit les revenus perçus ailleurs).

- Si le salarié ne demande pas sa réintégration : jpc : il a droit dans tous les cas à l'indemnisation du préjudice qu'il a subi entre son licenciement et la fin de la période de 2 mois au cours de laquelle il pouvait demander sa réintégration (on prend en compte la perte de salaire dont on déduit les revenus qu'il a pu percevoir d'une autre activité). On indemnise cette période d'incertitudes mais le salarié qui ne demande pas sa réintégration a été licencié donc **il faut indemniser la rupture** : cass : l'annulation par le TA fait qu'il n'y a plus d'autorisation d'une autorité administrative donc le salarié pourra obtenir le cas échéant devant le CPH des indemnités en vertu du droit commun du licenciement s'il en remplit les conditions. Càd : demande d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le CPH va alors examiné si le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse. Si c'était le cas pas plus d'indemnités pour le salarié. **soc 30 avril 2002**.

  L'employeur pourra éventuellement tenter d'engager la responsabilité de l'administration.

La consultation du CE

Section 1 – Le domaine de compétence du CE

Sur quelles matières doit-on consulter le CE ? **L432-1 al 1** : en matière économique, le CE est obligatoirement consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise.

Termes volontairement très larges.

• Organisation de l'entreprise :

- fonctionnement interne de l'entreprise : ex : création de nouvelles activités, changement des modes de production, suppression d'un service…
- organisation externe de l'entreprise : ex : structure juridique de l'entreprise, questions touchant au capital de l'entreprise (transformation d'une SARL en SA, cession d'un partie des activités, fusion…)

• La gestion de l'entreprise : décision en matière financière, stratégie commerciale…

• La marche générale de l'entreprise : voiture balai, tout peut relever de la marche générale de l'entreprise.

Autres textes :

L432-2 : consultation sur tout projet important d'introduction de nouvelle technologie

L432-3 : le Ce est consulté sur les problèmes généraux concernant les conditions de travail (organisation du travail, durée du travail, qualifications, rémunérations)

Cas pratique : on rattache mais on essaye de justifier, à quoi ça se rattache.

Section 2 – Les décisions devant donner lieu à consultation

Cass considère que seules les décisions d'une certaine importance doivent donner lieu à consultation. Toutes les mesures temporaires, purement individuelles ou mesures purement accessoires (n'affectant pas le fonctionnement de l'entreprise) ne doivent pas donner lieu à consultation.

Question des **opérations complexes** : décisions impliquant plusieurs décisions : il y a un projet général (ex : diversification des activités de l'entreprise) + décisions d'application (ex : rachat de telle entreprise pour le faire, création d'activité…). A quel moment doit-on consulter le CE ?

Soc 12 nov. 1997 : une décision s'entend d'une manifestation d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, peu importe qu'elle implique des **mesures concrètes et précises**. Un projet général est une décision dès lors qu'il est suffisamment définitif, càd dès lors que **les décisions de mise en œuvre ultérieures ne sont pas susceptibles de le remettre en cause**.

Soc 7 fév. 1996 : lorsqu'une opération complexe implique des décisions échelonnées, le CE doit être consulté sur chacune d'elles.

Un AC doit-il donner lieu à consultation préalable du CE ? **Soc 5 mai 1998 EDF** : l'AC doit faire l'objet d'une consultation préalable du CE quand il **porte sur les matières soumises à consultation**.

Très souvent, l'AC doit donner lieu à consultation. L'arrêt précise que la consultation doit avoir lieu **entre le début de la négociation et la signature de l'accord**.

Section 3 – Le déroulement de la consultation

L431-5 : Le CE doit être consulté préalablement à la décision du chef d'entreprise. Le CE exprime l'avis des salariés et l'employeur doit prendre en compte cet avis au moment ou il prendra sa décision donc elle n'a de sens que si elle est effectuée avant que l'employeur ait pris sa décision. Sanction : délit d'entrave.

L'art précise que l'employeur doit recueillir un **avis du CE** avant de prendre sa décision. Pour formuler un avis motivé, l'employeur doit

- donner au CE une **information suffisante** (**écrite et précise**)
- laisser au CE un **délai d'examen suffisant**. Appréciation au cas par cas suivant la décision à prendre.

- **répondre aux observations** faites par le CE

L'avis du CE ne lie pas l'employeur.

Si le CE refuse de donner un avis : cass : dès lors que l'employeur avait donné délai suffisant, information suffisante et réponse aux questions, il pourra prendre sa décision sans commettre de délit d'entrave, malgré l'absence d'avis (crim, jpc constante).

• Les informations à caractère confidentiel : l'employeur peut-il invoquer le secret des affaires pour ne pas fournir au CE certaines informations ? Principe : non : l'employeur ne peut pas opposer le caractère confidentiel d'une information pour ne pas consulter le CE. Délit d'entrave.

Le législateur prévoit que les membres du CE sont soumis à une obligation de discrétion : **L432-7** : sanctions de la divulgation d'informations confidentielles.

- **L432-7 al 1er** : les membres du CE sont tenus au **secret professionnel** en ce qui concerne les secrets de fabrication. Secret professionnel renvoie au code pénal => violation => sanction pénale.

- **L432-7 al 2** : les membres du CE sont tenus à une **obligation de discrétion** à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et présentées comme tel par l'employeur.

Si on démontre l'intention de nuire du membre du CE : ca peut constituer une faute lourde engageant la responsabilité du salarié.

Les obligations doivent être **présentées comme confidentielles** par l'employeur : **soc 12 juil. 2006** le rappelle : l'employeur avait donné des informations sans les présenter comme confidentielles. *(Arrêt récent donc exam)*

Il existe une exception : loi janv. 2005 : **L432-1 ter** : le chef d'entreprise n'est pas tenu de consulter le CE préalablement au lancement d'une OPA ou d'une OPE. Cela ne concerne que les **sociétés cotées** en bourse (ça ne concerne pas tous les rachats d'actions). Crainte des délits d'initié. Dans cette hyp, il doit **réunir le CE pour information** dans les 2 jours qui suivent l'opération.

Section 4 – Les sanctions de l'absence de consultation

- Le non respect des règles relatives à l'i&c du CE constitue un délit d'entrave au fonctionnement du CE.

- L'employeur s'expose aussi au paiement de d&î pour le préjudice subi

L'absence de consultation remet-elle en cause l'entrée en vigueur de la décision du chef d'entreprise ? Principe : l'absence de consultation n'entraîne pas la nullité de la décision.

Cass a prévu la possibilité pour le CE qui n'a pas été régulièrement consulté de saisir le juge des référés afin qu'il ordonne la suspension provisoire de la décision jusqu'à consultation régulière du CE : **soc 28 nov. 2000 UAP**, confirmé par **soc 25 juin 2002**. La suspension n'est pas possible quand la décision prend la forme d'un AC (**soc 19 mars 2003**).

Section 5 – La consultation du CE en cas de projet de licenciement économique collectif

Textes spéciaux :

L321-3 :

Lorsque l'employeur envisage au moins 10 licenciements dans une période de 30 jours, il doit consulter le CE sur le projet de licenciement collectif et sur le PSE. Procédure encadrée par des délais : 2 réunions espacées de délais précis : 14, 21 ou 28 jours selon le nb de licenciement envisagé.

Il peut y avoir 3 réunions car le CE a la possibilité de demander l'assistance d'un expert comptable : **L321-7-1** => délia de 3 semaines avant une 2ème réunion au cours de laquelle l'expert-comptable rend son rapport puis délai 14, 21, 28 jours.

Problème : articulation de cette procédure de consultation avec la procédure de consultation sur la décision éco de restructuration (**L432-1**).

L321-3 prévoit aujourd'hui que les 2 procédures ont distinctes mais qui peuvent être menées concomitamment. Cass : sous réserve des délais les plus favorables (L431-5 : délai raisonnable dans le cadre de la consultation de L432-1).

Le CE peut-il exiger la concomitance ? **Soc 2 mars 1999** : la concomitance est une possibilité/faculté pour l'employeur mais il n'est pas obligé. L'employeur peut choisir de dissocier les 2 procédures càd de consulter le CE sur la restructuration et ensuite sur le projet de licenciement éco.

Loi 18 janv. 2005 prévoit la possibilité de régir la consultation du CE en matière de licenciement éco par AC : **L320-3** : prévoit la possibilité par AC d'entreprise, de groupe, de branche, de signer des **accords de méthode**. Ces accords dérogent aux règles légales des livres III et IV et prévoient des règles spécifiques d'i&c du CE en cas de licenciement éco coll. Ces accords peuvent anticiper le contenu du PSE.

La négociation collective

Section 1 – La conclusion des CC et AC

L132-2 : l'AC ou CC est un acte écrit conclu entre d'une part un employeur ou un groupement d'employeurs et d'autre part une ou plusieurs organisations syndicales représentatives des salariés.

(AC : porte sur un point précis. CC : générale)

§ 1 – Les acteurs au niveau salarié

• La loi prévoit un **monopole syndical** de la négociation: organisations syndicales représentatives. Aucune difficulté quand la NC a lieu au niveau interprofessionnel. Au sein de l'entreprise ou de l'établissement, l'AC est conclu en principe par le **DS** : **L132-20**.

S'il y a une négociation avec les DP ou le CE, l'accord ne sera pas un AC. Ce sera un **accord atypique** : valeur juridique d'un **engagement unilatéral** de l'employeur (ne peuvent prévoir que des avantages, dénonciation unilatérale). Si l'entreprise a un ou plusieurs DS et que l'AC porte sur la NAO (organisation, durée du travail, rémunérations), l'employeur commet en négociant avec les élus un délit d'entrave au droit syndical (**crim 18 nov. 1997**).

• Volonté de développement de la NC dans l'entreprise or pas toujours implantation syndicale : entreprise de moins de 50 salarié ou même de plus de 50. Or l'employeur peut y trouver un réel intérêt. Flexibilité : on peut écarter des dispositions d'AC de branche ou des dispositions légales

=> Dispositif pour négocier dans les entreprises n'ayant pas de DS : **Loi 4 mai 2004** : **L132-26**. Un **AC de branche doit prévoir la possibilité** de mettre en place un tel dispositif. Loi précise que cet AC **précise les thèmes ouverts à la NC**.

2 hyp :

- L'entreprise a des élus : l'employeur a la possibilité de négocier l'AC **avec le CE ou à défaut avec le DP**. La loi prévoit un garde-fou : l'AC n'acquerra la qualité d'AC et n'entrera en vigueur qu'après approbation par une **commission paritaire de branche**. Absence d'approbation => accord considéré comme non écrit.

- L'entreprise n'a d'élu : lorsqu'un **PV de carence** a été établi, l'employeur peut négocier avec des **salariés mandatés** par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au plan national. L'employeur doit informer chaque organisation syndicale représentative au plan national (les 5) et leur demander de mandater un salarié. Garde-fou : l'accord conclu avec un salarié mandaté n'entrera en vigueur qu'après **approbation par les salariés** de l'entreprise à la majorité des suffrages exprimés. Absence d'approbation => accord réputé non écrit.

§ 2 – Le déroulement de la négociation

La NC requiert que tous les syndicats représentatifs dans le champ d'application de l'accord soient présents : **soc 17 sept. 2003** : un AC ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient été invitées à la négociation.

Dans les entreprises : toutes les organisations syndicales ayant un DS : **soc 26 mars 2002**.

L'employeur qui ne le fait pas ou mène des négociations séparées => l'AC sera nul. De plus, il exclut certaines organisations syndicales donc il s'expose à des sanctions pénales (L412-2).

Ce n'est qu'une invitation : si des organisations syndicales représentatives refusent ou viennent et quittent la table des négociations, l'AC conclut avec celles qui sont restées sera valable.

§ 3 – Les règles de majorité posées par L132-2-2

Depuis loi 4 mai 2004, validité soumise à un principe majoritaire (vs unicité de signature, quelque soit l'audience du syndicat signataire). **L132-2-2** : pour tous les niveaux : national interprofessionnel, branche professionnelle. Lire ces règles. On étudiera entreprise et établissement.

2 hyp :

1) Une CC de branche a été conclu au sein du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise et qui prévoit les règles de négociation des AC d'entreprise ou d'établissement

L'AC de branche peut alors prévoir 2 modalités de conclusion des AC :

- **Majorité d'adhésion** : prévoir que l'AC d'entreprise doit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, càd qui ont obtenu plus de la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections du CE ou à défaut aux dernières élections des DP. Si les syndicats signataires représentent moins de la moitié des voix, l'accord peut être validé par référendum. Aujourd'hui, aucun AC n'a recouru à ce système.

- **Majorité d'opposition :** prévoir que l'AC d'entreprise sera valable dès qu'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives quelque soit leur audience à condition qu'il n'y ait pas d'opposition des organisations syndicales ayant obtenu la majorité des suffrages exprimées aux dernières élections du CE ou des DP dans les 8 jours de la notification de l'accord. Cet accord va être notifié aux non-signataires. A compter de cette notification, ils ont 8 jours pour faire opposition. => si on laisse passer ce délai, l'accord entre en vigueur.

  Opposition : il faut que les syndicats aient recueilli la majorité des suffrages exprimés au 1er tour des élections CE ou DP. Si c'est le cas, l'accord sera réputé non écrit. La loi précise que l'opposition doit être écrite et motivée (pas besoin que ce soit très motivé).

  Vérifier délai de 8 jours et représentativité.

2) A défaut d'accord de branche

La loi prévoit qu'on applique la règle de la majorité d'opposition.

3) Hyp où il y a un DS dans l'entreprise mais pas d'élu

Dans cette hyp, l'AC d'entreprise sera valable s'il a été signé par le DS et approuvé ensuite par référendum.

Section 2 – Le régime des CC et AC

§ 1 – Les effets de la CC sur le contrat de travail

L135-2 : lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une CC, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui sauf disposition plus favorable.

Principe : dès lors qu'un **employeur est assujetti** à une CC ou un AC, il s'applique à l'ensemble des salariés de l'entreprise.

La CC s'applique à tous les salariés de l'entreprise :

- **de manière immédiate** : CC s'applique dès son entrée en vigueur à tous les contrats de travail. Les dispositions de la CC se substituent automatiquement à celles moins favorables du contrat de travail.

- **de manière impérative** : le salarié ne peut pas renoncer tant que son contrat de travail est en cours, aux avantages qu'il tient d'une CC ou d'un AC. Ex : Hyp de l'entreprise ayant de graves difficultés et dont les salaires minima sont trop élevés. Le recours à la volonté individuelle est impossible pour écarter ces dispositions.

• Concerne seulement les **dispositions plus favorables**. Dans tous les autres cas, la CC ne se substitue pas. Le salarié a droit au maintien des dispositions de son contrat de travail (notamment **soc 13 nov. 2002** : accord de RTT entrainant une perte de rémunération. Cass : on ne peut pas modifier la rémunération contractuelle du salarié sans son accord).

• La CC peut-elle imposer des obligations au salarié alors que son contrat de travail ne prévoit rien ? Ex : contrat de travail sans clause de non-concurrence. CC peut-elle l'imposer dans le silence du contrat de travail ou considère-t-on que le silence du contrat est plus favorable ? Autres ex : clause de mobilité, période d'essai. Cass : c'est possible. Jpc constante, notamment **27 juin 2002** : même en l'absence de clause dans le contrat de travail du salarié, l'employeur peut se prévaloir d'une clause de mobilité (non-concurrence, période d'essai) instituée de manière obligatoire par la CC : cass prévoit 3 conditions :

- lorsque la disposition se suffit à elle-même

- à condition que le salarié ait été informé de l'existence de la CC au moment de son engagement

- et qu'il ait été mis en mesure d'en prendre connaissance.

En réalité, il faut distinguer :

- le salarié a été embauché **après l'entrée en vigueur** de la CC : on peut imposer au salarié la disposition si elle se suffit à elle-même (càd clause prévue de manière obligatoire par la CC vs impose la reprise de l'obligation dans le contrat de travail) et si on l'a informé de l'existence de la CC… Aujourd'hui, **L135-7** : il faut remettre un doc au salarié dans lequel on mentionne les CC applicables : notice d'information.

- Le salarié a été embauché **antérieurement à l'entrée en vigueur** de l'accord : le salarié n'a donc pas pu être informé de l'existence de la CC lors de son embauche => cass : on ne peut pas lui imposer d'obligation sans son accord (**soc 27 juin 2002**).

Exception : les astreinte : **soc 13 fév. 2002** : l'**astreinte** mise en place par AC s'impose à **tous les salariés**.

• Les avantages prévus par la CC **ne s'incorporent pas** au contrat de travail. Dès que la CC cesse, les salariés ne peuvent pas se prévaloir des avantages qu'elle prévoyait.

§ 2 – La détermination de la CC applicable

A – La détermination de la CC de branche applicable à l'entreprise

La CC de branche a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises du secteur d'activité défini par l'accord. En réalité, les entreprises n'y sont assujetties qu'à deux conditions :

- si l'employeur est membre du groupement d'employeurs qui a signé la convention

- arrêté d'extension du ministre du travail => applicable à toutes les entreprises du secteur d'activité.

La CC applicable dépend de l'activité de l'entreprise : **L132-5-1** : la CC applicable est **celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur**.

=> Difficulté : **entreprise ayant plusieurs activités** : comment déterminer l'activité principale : celle qui regroupe le plus grand nb de salariés ou celle qui génère le chiffre d'affaire le plus important ? Cass : pas de position ferme.

Soc 23 avril 2003 : juges du fond avaient déterminé l'activité principale au regard de l'effectif affecté à chaque activité. Cass approuve la CA. Mais c'est un arrêt d'espèce, pas certain que dans d'autres hyp cass n'approuve pas l'arrêt fondé sur le chiffre d'affaire.

Exception : il se peut qu'au sein de l'entreprise, on puisse appliquer à certains salariés une autre CC lorsqu'ils travaillent au sein d'un centre d'activité autonome ayant une activité nettement différenciée de celle de l'entreprise : **soc 26 janv. 2000**.

Il se peut que dans la relation individuelle de travail, on puisse appliquer en plus de cette CC une autre CC de branche. Dans cette hyp, l'application de la CC n'obéira pas au régime des CC et AC.

- 1ère hyp : un employeur s'engage par engagement unilatéral à faire bénéficier certains salariés d'avantages prévus par une autre CC => elle s'applique en tant qu'engagement unilatéral.

- 2ème hyp : les parties contractualisent certaines dispositions d'une CC : elles prévoient dans le contrat de travail l'application de tout ou partie d'une CC. L'application obéit au régime du contrat de travail : pour les modifier, il faudra l'accord du salarié

- 3ème hyp : lorsque la CC est mentionnée dans le bulletin de paie : R143-2 prévoit que la CC applicable figure dans le bulletin de paie. Si l'employeur mentionne une mauvaise CC : **soc 18 juil. 2000** : si, dans les relations collectives, la CC applicable est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, le salarié qui ne se prévaut pas de cette CC peut demander l'application de la CC mentionnée dans le bulletin de paie. Cass : la mention de la CC dans le bulletin de paie vaut reconnaissance de son application à l'égard du salarié.

B – L'articulation des CC de niveaux différents

L'employeur est souvent assujetti à la CC de branche et à des CC et AC d'entreprise… Toutes les CC s'appliquent, le salarié peut demander l'application de chacune d'entres elles. Problème : lorsque les CC prévoient des avantages similaires :

Pendant très longtemps, la règle applicable était l'application de la règle la plus favorable au salarié : notamment **AP 18 mars 1988** : en cas de concours de CC, les avantages ayant le même objet et la même cause ne peuvent, sauf stipulation contraire, se cumuler. Seul le plus favorable d'entre eux sera accordé = pas de comparaison globale entre les différentes CC (avantages différents => tous applicables) mais si même objet et même cause (dispositions

réglant les mêmes points de droit), on ne cumule pas, on applique la disposition la plus favorable = **comparaison analytique** : avantage par avantage.

Difficulté quand les avantages ont le même objet et même cause de déterminer quel est le plus favorable ? Ex : période d'essai : salarié lambda a intérêt à ce qu'elle soit la plus courte possible. Mais pour certains, ultra-compétent qui veulent pouvoir s'en aller quand ils veulent, ils préfèrent une période d'essai plus longue. => l'employeur doit-il déterminer pour chaque salarié quelle est la plus favorable ? **Soc 18 janv. 2000** : l'appréciation du caractère plus avantageux doit être appréciée globalement pour l'ensemble du personnel.

La **loi du 4 mai 2004** revient sur cette articulation : **L132-13** et **L132-23** :

- L132-13 : articulation accord de branche et accords de niveau supérieur (interprofessionnel)

- L132-23 : articulation accord d'entreprise ou d'établissement et accord de niveaux supérieurs (branche et interprofessionnel)

Ces articles prévoient qu'en principe, **l'accord de niveau inférieur peut déroger en tout ou partie à l'accord de niveau supérieur, sauf si celui-ci en dispose autrement**. La disposition de la CC branche devient supplétive par rapport à la disposition de l'AC d'entreprise. On applique la disposition négociée au niveau le plus proche de la relation de travail (« principe de proximité »).

Exceptions :

- La CC de niveau supérieur peut interdire expressément la dérogation : prévoir qu'une disposition est impérative

- **L132-23** prévoit que dans certaines matières, les dispositions prévues par l'AC de branche ne peuvent subir aucune dérogation : dispositions relatives aux salaires minima, classifications professionnelles, accord de protection sociale impliquant une mutualisation, accord relatif à la formation professionnelle.

Du fait de la loi de 2004, que se passe-t-il pour toutes les dispositions de branche négociées avant : **article 45 de la loi du 4 mai 2004** (sous L132-13) : la valeur hiérarchique accordée par leur signataire aux CC et AC conclus avant l'entrée en vigueur de la loi demeure opposable aux accords de niveau inférieur. Cela signifie qu'en réalité, toutes les disposiitons des CC de branche et interprofessionnelle, négociées avant 2004 gardent un caractère impératif.

§ 3 – Accords ayant un objet particulier

A – Les accords dérogatoires

Concernent l'articulation entre les dispositions légales ou réglementaires et la CC. Disposition de base : **L132-4** : les AC et CC ne peuvent prévoir que des dispositions plus favorables que les lois et règlements en vigueur. La loi prévoit un plancher.

Depuis 1982, le code du travail prévoit des exceptions et permet dans des hyp précises des dérogations aux lois et règlements en vigueur dans un sens pas forcément plus favorable au salarié par voie de CC. Ex : indemnité de précarité : 10% au terme du CDD mais on peut prévoir qu'elle sera de 6% par AC.

Ex-type : l'accord de modulation, d'annualisation du temps de travail : règle de principe : **L212-5** : le calcul de la durée du travail s'effectue sur la semaine civile (L 0h-D minuit). Toute heure en dehors de cette période est une heure supplémentaire. Manque de souplesse pour l'employeur.

L212-8 permet par AC de déroger à cette règle et prévoit la possibilité pour l'employeur de faire varier la durée hebdomadaire du travail en deçà et au-delà de 35h sans avoir à payer des heures supplémentaires dès lors que la durée annuelle n'excède pas 1600 heures.

Mise en place de la dérogation : 2 conditions :

- la loi doit prévoir la possibilité de déroger
- mise en place seulement par AC (**soc 11 oct. 2005** : l'annualisation ne peut résulter que d'un AC)

B – Les accords sur l'emploi

Aujourd'hui, la NC permet à l'employeur d'obtenir de la souplesse (vs offrir avantages aux salariés). Il faut quand même que les salariés aient une contrepartie => engagement de maintien de l'emploi.

Valeur juridique de ces engagements en matière d'emploi pris par AC ? Les salariés peuvent-ils agir en justice en cas de manquement de l'employeur à ses engagements et que peuvent-ils obtenir ? **Soc 22 janv. 1998** : salariés avaient consentis à une baisse de rémunération en échange du maintien d'un site de production pendant 4 ans. Au bout de 2 ans, fermeture du site et mutation. Action des salarié en d&î. Cass admet cette action au visa **1147 cciv** : quand l'employeur a manqué à un engagement en matière d'emploi, les salarié peuvent demander réparation du préjudice qui en est résulté.

De même : **Soc 25 nov. 2003** : engagement en matière d'emploi puis mise en œuvre d'un plan social. Syndicats demandent l'annulation des PSE et des licenciements corrélatifs pris en violation de l'engagement. Cass : déboute les syndicats : la violation d'un engagement en matière d'emploi n'entraîne la nullité ni des PSE ni des licenciements économiques. Elle donne seulement lieu à des d&î en réparation du préjudice subi.

Section 3 – La fin des CC et AC : révision, dénonciation, mise en cause

L132-6 : CC à DD ou à DI. Si on ne nous dit rien, on considère que la CC est à DI. DD : intérêt : elle ne peut pas être dénoncée par les signataires pendant la durée prévue. DD : max 5 ans.

Quand la CC à DD arrive à son terme, la loi prévoit que, sauf disposition contraire, l'accord qui arrive à expiration devient une CC à DI. Il faut prévoir expressément que la CC ne s'appliquera plus à son terme.

§ 1 – La révision de la CC

C'est un mécanisme qui n'a pas pour objet de mettre fin à l'application de la CC. Objet : modifier la CC. C'est une négociation en vue de la signature d'un ou plusieurs avenants à un AC initial. Dans quelles conditions l'avenant peut-il se substituer aux anciennes dispositions de la CC ?

L132-7 : seules les organisations syndicales représentatives signataires de l'accord initial ou qui y ont adhéré sont habilitées à signer dans les conditions fixées à L132-2-2 des avenants portant révision de cet accord. Compléter.

Respect L132-2-2 : respect des conditions de majorité : donc ne doit pas avoir fait l'objet d'une opposition dans l'hyp d'une majorité d'opposition.

L'avenant remplace les stipulations de l'accord initial. Seules les parties à l'accord initial ont vocation à signer mais toutes les organisations syndicales représentatives doivent être invitées à la négociation collective de l'avenant, à peine de nullité (**soc 26 mars 2002**).

§ 2 – La dénonciation

L132-8 : les CC à DD peuvent être dénoncées à tout moment par leurs signataires.

Manifestation de volonté par laquelle une des parties déclare vouloir mettre fin à son application. Elle a pour but de mettre fin à l'application de la CC donc s'applique à toute la CC. Pas de dénonciation partielle.

Elle ne produit pas toujours des effets quant à l'application de l'apport : elle ne produit des effets quant à l'application aux salariés envers que si elle émane de la totalité des signataires soit du coté patronal soit du coté syndical.

Loi a mis en place des mécanismes destinés à éviter le vide conventionnel : tend à favoriser la négociation d'une nouvelle CC.

La dénonciation fait courir un délai de préavis de 3 mois. Pendant ce délai, la CC continue à s'appliquer. Ce délai a pour but d'ouvrir une négociation. Négociation d'un accord de substitution. A l'issu de ce délai de 3 mois s'ouvre une période d'une durée max d'un an. Pendant cette période, la CC dénoncée continue à s'appliquer (période de survie). Pendant une durée max d'un an => 2 hyp :

- un AC de substitution est négocié et entre en vigueur au cours de cette période. La CC dénoncée disparait => application de l'AC de substitution.

- Délai de 15 mois arrive à expiration sans qu'un AC soit entré en vigueur => la CC dénoncée n'est plus applicable. Mais les salariés conservent les AIA : ces AIA s'incorporent à leur contrat de travail. Il faudra donc l'accord individuel du salarié pour supprimer l'avantage (**soc 6 nov. 1991**).

§ 3 – La mise en cause

L132-8 al 7. Elle résulte d'un évènement qui fait qu'une des conditions qui commandaient l'application de la CC à une collectivité de salariés disparaît. La CC ne devrait plus être applicable.

Hyp la plus fréquente : celle qui résulte d'un changement d'employeur. En cas de mise en cause, on applique le même régime que la dénonciation : délai de préavis de 3 mois pendant lequel la CC continue de s'appliquer (employeur B applique la CC pendant 3 mois), puis période de max 12 mois au cours de la quelle :

- conclusion d'un accord d'adaptation ou de substitution

- pas d'accord => la CC mise en cause ne s'applique plus mais les salariés bénéficient des AIA.

La mise en cause pose des problèmes :

• en cas de changement d'employeur : le nouvel employeur a lui-même conclu des CC avec ses propres salariés => en vertu de L135-2, cette CC s'applique aux salariés transférés. Tant que pas d'accord d'adaptation ou de substitution, les salariés bénéficient de 2 CC : elles s'appliquent et en cas de conflit, on applique la plus favorable.

• nombreuses questions mais pas à l'exam : avec qui va-t-on négocier ? Avec les salariés de l'entreprise absorbée ou avec les syndicats des deux entreprises ?

Réflexe à avoir : quand a eu lieu la dénonciation et quand a lieu l'examen de la question.

§ 4 – Les AIA

Défini par jpc constante (**soc 13 mars 2001**) : l'avantage qui au jour de la dénonciation ou de la mise en cause procurait au salarié un droit ou une rémunération dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non éventuel.

A – Un avantage individuel

Avantage dont le salarié bénéficiait à titre personnel. Ca exclut :

- tous les avantages relatifs à la représentation du personnel et au droit syndical.

- tous les avantages qui sont insusceptibles d'application individuelle : ne peuvent être accordés à un seul salarié sans être accordés à d'autres.

B – Un avantage acquis

Correspond à un droit ouvert au jour de la dénonciation ou de la mise en cause et non éventuel.

Regarder si le salarié remplissait les conditions pour bénéficier de l'avantage au jour de la dénonciation ou de la mise en cause.

Ex : versement d'une prime d'ancienneté aux salariés ayant plus de 2 ans d'ancienneté : les avait-il au jour de la dénonciation ?

Ex : indemnités liées à la rupture du contrat : forcément des droits éventuels.

Droits cycliques et continus sont acquis.

Ex : indemnités en cas de grossesse : salarié ayant eu un enfant avant la dénonciation : elle a bénéficié de ces droits mais ils ne sont plus ouverts. Le fait d'en avoir bénéficié ne fait pas du droit un droit ouvert.

Attention : on apprécie au jour de la dénonciation donc s'il en bénéficie pendant la période de survie ça ne change rien : **soc 15 mai 2001**.

Inégalité qui résulte de l'incorporation des AIA entraine-t-elle l'application du principe « à travail égal, salaire égal » ? **Soc 11 janv. 2005** : non, pas d'application de ce principe en cas d'incorporation des AIA au contrat de certains salarié. L'inégalité de traitement est due à l'application de la loi.

Le statut collectif non négocié

Chapitre 1 – Les notions

Section 1 – Usages d'entreprise

Droit qui naît de la répétition d'un comportement de l'employeur : il octroie de manière répétée un avantage au salarié => devient un droit que le salarié peut revendiquer.

Pour que le comportement puisse constituer un usage, il faut 3 caractères :

- Généralité : l'usage ne peut pas être individuel. Il faut que l'avantage soit attribué à une collectivité de salariés.
- Fixité : accorder le même avantage à chaque fois
- Constance : régularité

Les salariés pourront revendiquer en justice le bénéfice de ce droit.

Section 2 – Engagements unilatéraux de l'employeur

L'avantage ne naît pas de la pratique mais d'une manifestation de volonté de la part de l'employeur.

Il peut prendre un grand nb de forme : note de service, accord atypique (négocié avec les DP ou les membres du CE).

Chapitre 2 – Le régime de ce statut

Ils ne peuvent pas faire naître d'obligation à la charge du salarié. Ex : on ne peut pas instaurer une période d'essai par usage d'entreprise (**soc 23 nov. 1999**).

On ne peut pas déroger par usage ou engagement unilatéral aux dispositions légales ou réglementaires.

Ils ne s'incorporent pas au contrat de travail. La disparition d'un usage ou d'un engagement unilatéral s'impose au salarié.

La mention d'un usage dans le contrat de travail ou la remise d'un doc au salarié comportant les usages en vigueur dans l'entreprise contractualise-t-elle l'engagement ? **Soc 11 janv. 2000**, **2 mai 2001** : non, valeur d'information.

Chapitre 3 – La disparition de l'usage ou de l'engagement unilatéral

2 possibilités :

• Disparition quant entre en vigueur dans l'entreprise un AC ayant le même objet. Valeur supplétive par rapport à l'AC.

• L'usage ou l'engagement unilatéral peut être dénoncé unilatéralement par l'employeur. Régime fixé par jpc constante (**soc 25 fév. 1988**) : 2 conditions :

- Condition d'information : l'employeur doit informer d'une part les salariés bénéficiant de l'usage et d'autre part des RP. Si l'entreprise n'a pas de DP : **soc 16 nov. 2005** : dans l'entreprise dépourvue de DP, la dénonciation de l'usage n'est régulière que si l'employeur a établi un PV de carence. Sinon, dénonciation irrégulière => les salariés continueront à bénéficier de l'usage ou de l'engagement unilatéral.

- Respect d'un délai de préavis suffisant pour permettre une éventuelle négociation. Dans cette hyp, la dénonciation de l'usage n'est pas immédiate.

Chapitre 4 – L'usage et l'engagement unilatéral en cas de changement d'employeur

Jpc constante, notamment :

Soc 7 déc. 2005 : en cas de transfert d'entreprise, les usages et engagements unilatéraux sont transférés.

Ca ne veut pas dire que ces engagements sont contractualisés. L'employeur peut les dénoncer, conclure une CC y mettant fin.

Les conflits collectifs

Chapitre 1 – Les conditions de l'exercice du droit de grève

Hormis dans les SP, le droit de grève ne fait l'objet d'aucune réglementation. Un seul texte : **L521-1** : prévoit une certaine protection du gréviste. Il ne définit pas le droit de grève.

Définition du mouvement :

- Soit le mouvement est une grève => on applique le régime du droit de grève. Exercice d'un droit constitutionnel.
- Soit ce n'est pas une grève => c'est un **mouvement illicite**.

Définition jpcielle : jpc constante : **la grève est une cessation collective du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles** (**soc 18 juin 1996**, **2 fév. 2006**). Si ces 3 conditions cumulatives sont remplies, le mouvement est une grève => application du régime de la grève. S'il manque une condition, le salarié commet une faute.

Section 1 – Une cessation du travail

Il faut un véritable arrêt du travail. Donc ne sont pas des grèves :

- ralentissement de la production (« grève perlée »)
- exécution partielle des obligations, défectueuse du travail

C'est une faute => peut être sanctionné.

Peu importe la durée et la fréquence des arrêts de travail. Ex : nombreux arrêts de courte durée = grève.

Section 2 – Cessation collective

La grève est un droit individuel qui s'exerce collectivement. C'est un droit qui appartient à chaque salarié : chacun est libre de faire ou de ne pas faire grève (la grève n'a pas à obéir à mot d'ordre syndical et n'a pas à obéir à des conditions de vote ou de majorité).

Ce droit s'exerce collectivement : il faut que plusieurs salariés s'arrêtent de travailler. Le salarié qui cesse le travail tout seul commet une inexécution fautive de son travail => sanction disciplinaire.

A partir de 2 salariés, le mouvement est collectif.

Exception au caractère collectif du droit de grève :

- un salarié peut être seul à faire grève dans son entreprise quand il répond à un mot d'ordre formulé au plan national (**soc 29 mars 1995**)

- un salarié peut être seul à faire grève quand il est le seul salarié de l'entreprise (**soc 13 nov. 1996**)

Section 3 – Revendications professionnelles

§ 1 – La notion de revendication professionnelle

Doivent avoir pour objet la défense d'intérêts collectifs et professionnels : concerner directement ou indirectement les conditions de travail ou d'emploi des salariés. Exclut :

- **les mouvements à caractère exclusivement politique** (= mouvements illicites)

- **les mouvements de solidarité externe** : arrêt de travail par solidarité avec des salariés d'une autre entreprise.

- **les mouvements de solidarité interne** : si les mouvements de solidarité ont pour objet de protester contre une mesure purement individuelle (licenciement pour faute par ex) : soc : cet arrêt de travail n'implique rien d'autre que la faute personnelle du salarié sanctionné donc aucune revendication professionnelle en cause => mouvement illicite.

  vs : protestation contre licenciement pour motif éco d'autres salariés de l'entreprise : **soc 22 nov. 1995** : un arrêt de travail pour protester contre un projet de licenciement

éco a pour objet la défense et le maintien de l'emploi dans l'entreprise => revendications professionnelles.

Licéité des **mouvements d'autosatisfaction** ? Les salariés satisfont eux-mêmes leurs revendications en cessant le travail. Soc : En principe, le mouvement d'autosatisfaction est un mouvement illicite (ex : lundi de pentecôte). Le droit de grève n'autorise pas à exécuter le travail dans des conditions autres que celles fixées au contrat de travail.

Mais cass considère que le mouvement est bien constitutif d'une grève dès lors qu'il existe d'autres revendications que celles auto-satisfaites : **soc 25 juin 1991**.

Ces revendications doivent-elles être raisonnables ? Le juge peut-il contrôler la légitimité, le bien-fondé des revendications des grévistes ? Non : **soc 2 juin 1992** : dès lors qu'il existe des revendications professionnelles, le juge ne peut substituer son appréciation à celle des grévistes concernant la légitimité et le bien-fondé de celles-ci.

§ 2 – La présentation de ces revendications à l'employeur

Seul préalable posé : l'employeur doit avoir connaissance des revendications professionnelles au moment du déclenchement de la grève : **soc 19 nov. 1996**.

Qqsoit la forme de cette présentation : tracts distribués 3 semaines auparavant…

Les salariés n'ont pas à attendre une quelconque réponse de l'employeur concernant leur revendication pour cesser le travail.

(Attention arrêt de 1968 dans le code dit qu'il faut attendre le refus de l'employeur : c'est faux).

Chapitre 2 – Les effets de la grève sur le contrat de travail

L521 : la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde du salarié. le contrat de travail est suspendu.

Section 1 – Les effets de cette suspension sur la rémunération

Le salarié n'exécute pas son travail => l'employeur n'a pas à le rémunérer. C'est un mécanisme synallagmatique.

Montant de l'abattement ? Jpc constante notamment **soc 8 juil. 1992** : la rémunération ne doit subir qu'un abattement strictement proportionnel à l'arrêt de travail (arrêt de 10 minutes => 10 minutes de salaire). On ne prend jamais en compte la perte subie par l'entreprise du fait du mouvement. Ex : salarié d'un orchestre se mettent en grève uniquement le jour de la représentation : pas d'abattement sur les 3 mois de répétition.

L'employeur peut-il procurer des avantages particuliers aux non-grévistes, voire mettre en place des systèmes de primes anti-grève ?

L521-1 al 2 : l'exercice du droit de grève ne doit donner lieu à aucune discrimination en matière de rémunération ou d'avantages sociaux.

Licéité des primes d'assiduité ? Elles récompensent la présence du salarié dans l'entreprise. Risque d'être perdue à chaque absence du salarié donc peut dissuader les salariés de se mettre en grève. Cass : les primes d'assiduité sont valables et peuvent être réduites ou supprimées en cas de grève à condition que toutes les absences autorisées ou non donnent lieu à retenue. **Soc 10 déc. 2002**, **15 fév. 2006**.

Exception au principe de l'abattement : les salariés pourront obtenir le paiement du temps de grève lorsqu'ils se sont trouvés contraints de faire grève pour faire respecter leurs droits suite à un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligation : jpc constante, notamment **26 janv. 2000**.

Pour que cette jpc s'applique il faut un manquement grave et délibéré. Cass : le fait de ne pas payer les salaires pour un employeur en situation de liquidation judiciaire n'est pas un manquement délibéré => salariés ne pourront pas demander le paiement du temps de grève.

Si mouvement illicite avec ralentissement de la production : dans ce cas, mauvaise exécution du travail => l'employeur ne peut pas pratiquer de retenues sur salaires. Dans ce cas, l'employeur doit prononcer une sanction or là elle serait pécuniaire donc nulle (**soc 20 avril 1991**).

Section 2 – Les effets de cette suspension sur le pouvoir disciplinaire de l'employeur

L521-1 : la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde du salarié. Règle édictée à peine de nullité.

L122-45 : aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Jpc : sauf faute lourde, le salarié ne peut subir aucune sanction (ni licenciement, ni MAP, ni avertissement) : **soc 16 déc. 1992**.

Qu'est-ce qu'une faute lourde dans l'hyp d'une grève ?

En principe : intention de nuire à l'employeur. Ce critère est inadéquat en matière de grève. En soi, la grève suppose une intention de nuire à l'employeur. Pas de définition de la faute lourde de grève. En réalité elle suppose des débordements, des actes graves, détachables de l'exercice du droit de grève (ex : blocage de l'entreprise => entrave la liberté du travail des non-grévistes, actes de violence, de séquestration = sanctionnable pénalement, détachable du droit de grève donc constitutif d'une faute lourde, destruction de matériel…).

Il faut des actes suffisamment graves : Cass : des insultes au cours d'un conflit collectifs ne constituent pas une faute lourde.

Pour qu'il y ait faute lourde, il faut caractériser la faute personnelle du salarié.

L'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation des sanctions. Il peut sanctionner différemment des salariés ayant participé à la même faute sous réserve de ne pas commettre de discrimination au sens de L122-45 (ex : 2 syndiqués licenciés et les 3 autres non).

Chapitre 3 – Les réactions de l'employeur face à un conflit collectif

L'employeur peut-il réglementer le droit de grève, notamment par AC ? Jpc : **soc 7 juin 1995** : une CC ne peut avoir pour effet de réglementer ou limiter le droit de grève pour les salariés (espèce : respect d'un préavis de grève). Limites posées par l'AC sont inopposables aux salariés.

Mais la CC peut produire des effets envers les syndicats signataires.

Deux hyp où on permet à l'employeur de réglementer le droit de grève : lorsque le droit de grève entre en conflit avec un autre droit fondamental :

- En matière de SP : grève peut porter atteinte au principe de continuité du SP. Jpc administrative depuis CE Dehaene 1950 : chef de service peut de réglementer le droit de grève pour concilier ces principes.

- Risque d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens (ex : centrale nucléaire) : pour des impératifs de sécurité, on prévoit la possibilité pour l'employeur de réglementer le droit de grève dans le règlement intérieur (**CE 12 nov. 1990**). L'employeur peut alors requérir certains salariés dont la présence est indispensable à la sécurité. Cette atteinte doit être justifiée par des impératifs de sécurité et strictement proportionnée au but recherché càd limitée à ce qui est nécessaire pour garantir à la sécurité.

Que peut faire l'employeur ?

• Prendre des mesures concernant la marche de l'entreprise ? Il peut être tenté de **fermer l'entreprise**. En principe, la grève est un droit individuelle donc toute personne a droit de ne pas faire grève. L'employeur reste donc contractuellement tenu en cas de conflit dans l'entreprise de fournir du travail aux non-grévistes.

L'employeur s'expose au paiement de rappels de salaires. Autres sanctions ? Ex : prise d'acte car manquement à ses obligations. On peut se demander si c'est possible. Mais aucune sanction pénale : pas de délit d'entrave au droit de grève.

- Exception : possibilité pour l'employeur de fermer l'entreprise et de mettre les non-grévistes au chômage technique lorsqu'il rapporte la preuve qu'il se trouve dans une situation contraignante (càd qui empêche tout fonctionnement de l'entreprise et tout travail de la part des non-grévistes). Jpc exige le blocage total de l'entreprise.

- Ex : **soc 4 juil. 2000** : chaîne d'activité dans une entreprise. Un service en grève. Le blocage a entraîné le blocage de tous les services de l'entreprise => cass : paralysie de tous les secteurs de l'entreprise => l'employeur avait attendu que le fonctionnement de l'entreprise soit totalement bloqué. Cass : situation contraignante rendant impossible la fourniture de travail aux non-grévistes => chômage technique, pas de rémunération.

- Ex : **soc 30 sept. 2005** : arrêt de la production pour des raisons de sécurité. Mais possibilité de fournir des tâches annexes. Cass : pas d'impossibilité de fournir des tâches supplétives en rapport avec leur contrat de travail => indemnisation des salariés non-grévistes.

• **Remplacement des grévistes** ?

Le code du travail pose une interdiction : il est interdit de recourir aux contrats précaires : CDD L122-3, contrat de travail temporaire L124-2-2, pour remplacer des salariés grévistes.

Sanction pénales. Risque de requalification en CDI puisque contrats irréguliers. Recours au CNE ? L'ordonnance ne prévoit rien.

Sous réserve de cette interdiction légale, l'employeur peut prendre toutes les mesures pour réorganiser l'entreprise et assurer la continuité de l'activité : placer des non grévistes aux postes des grévistes, recourir à des bénévoles (**soc 11 janv. 2000**)

• **Les actions en responsabilité** : engager la responsabilité des salariés ou des syndicats pour obtenir la réparation du préjudice subi => il faut regarder si les individus ont commis une faute ayant fait subir un préjudice à l'employeur et si lien de causalité entre les 2.

- Le salarié engage sa responsabilité dès lors qu'il commet une faute lourde => condamnation à la réparation du préjudice.

- Responsabilité du syndicat PM : **soc 9 nov. 1982** : le syndicat n'est pas le commettant des grévistes donc un syndicat n'engage pas sa responsabilité pour des fiats commis par ses adhérents ou les DS. Sa responsabilité ne peut être engagée que si celui-ci a effectivement participé à des faits ne pouvant se rattacher à l'exercice normal du droit de grève : montrer que la PM a donné des directives, qu'elle a été l'instigatrice des débordements, qu'elle a donné les moyens de commettre les fautes.

• **Etendue de la réparation** ? **Soc 18 janv. 1995** :

- l'employeur ne pourra pas obtenir la condamnation in solidum du syndicat et des salariés à la réparation de l'entier préjudice subi du fait du conflit.

- Le juge devra déterminer pour chacun la faute commise et le préjudice subi du fait de celle-ci.

La responsabilité pénale des grévistes : il existe un délit d'entrave à la liberté du travail. Ex : des grévistes bloquant l'entreprise et empêchant les salariés de travailler commettraient un délit pénal : **431-1 CP**. Attention : seuls les salariés victimes peuvent agir contre les grévistes.