

# « **DROIT DU TRAVAIL** »

**Licence**

*P. Steichen*

**Notes de cours 2006-2007**

## **INTRODUCTION**

Précisions étymologiques

Le droit du travail s'insère dans le cadre plus général des politiques sociales. La notion de politiques sociales est plus vaste que celle du droit du travail.

Dans les "politiques sociales" on englobe :

- la protection sociale (sécurité sociale), l'aide sociale, la vieillesse, l'indemnisation du chômage,
- les politiques de la formation professionnelle et de l'emploi,
- différentes politiques dites "transversales" plus récentes: revenu minimum et politiques locales d'insertion, intégration des immigrés, politiques de la ville.

Ces politiques du travail proprement dites, qui feront l'objet de notre étude, agencent **deux niveaux de relations** :

- le premier niveau est celui **des relations individuelles de travail**

C'est le rapport entre l'employeur et chacun de ses salariés, qui est fondé sur la fourniture du travail contre rémunération, qui est matérialisé par un contrat de travail.

La naissance, l'exécution et la cessation de ce rapport de travail font l'objet d'une masse de règles d'origine étatique, complétées par des normes conventionnelles.

Ces dispositions visent à :

- protéger la santé et la sécurité du travailleur, (le salarié risque sa peau (Suppiot))
- à limiter la durée et l'intensité de son travail,
- à lui assurer une rémunération minimale,
- à stabiliser son emploi.

- Le second niveau de relations est celui des relations collectives

C'est régime des syndicats et de action syndicale, représentation du personnel dans l'entreprise, conflits collectifs de travail, négociation collective.

Le régime des relations professionnelles offre,

- d'une part le moyen d'obtenir, par la voie de la négociation collective, une amélioration des garanties et avantages issus du code du travail.
- Mais il permet aussi de résister licitement au pouvoir de direction en exerçant une pression sur l'employeur (on pense ici à la grève) .

Ajoutons que ce droit du travail induit, sinon une certaine égalité des travailleurs, du moins une certaine unité de la condition juridique des salariés.

## **HISTORIQUE**

### **LES FONDEMENTS DU DROIT DU TRAVAIL**

Les interventions de la collectivité, en matière de politique sociale, ont commencé à se développer à un moment que l'on peut assez bien dater, comme se situant plutôt à la fin du XIXème siècle.

Basée au départ sur une conception individualiste, la relation de travail va évoluer sous l'influence de l'industrialisation.

## La conception individualiste des relations de travail

L'intervention de l'Etat s'est longtemps heurtée en France aux principes de la République de 1789, la liberté et l'égalité.

La traduction de ces principes, dans les relations entre individus, c'est le contrat librement conclu, formalisé par l'article 1134 du Code Civil (1803-1804), en vertu duquel "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

Le Code civil achève ainsi l'oeuvre libérale de la révolution française et fonde la société sur des relations entre des individus libres, égaux et responsables.

C'est ce modèle contractuel, censé concilier les intérêts de chacun, qui sera appliqué, dès l'origine, aux relations de travail, avec le contrat de louage de services du Code civil.

Le rôle de l'Etat se limite à des fonctions régaliennes. Il n'a pas à intervenir dans les relations entre les particuliers .

Jusqu'en 1841, l'intervention de l'Etat va donc se borner, vis à vis de la population ouvrière naissante, à des mesures de contrôle et des règles de police, comme le livret ouvrier qui subsistera jusqu'en 1890<sup>1</sup> :

---

<sup>1</sup> Celui-ci permettait, d'une part, de surveiller les déplacements des ouvriers puisque "tout ouvrier qui voyagera sans livret sera réputé vagabond et pourra être arrêté comme tel" et, d'autre part, de s'assurer du respect de leurs engagements vis-à-vis de leur employeur dans la mesure où "comme gage de fidèle exécution des conventions arrêtées entre eux, l'ouvrier dépose son livret entre les mains de celui qui l'emploie".

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la question sociale va susciter une grande inquiétude. Un exemple constitue à lui seul un symbole de l'histoire sociale : le rapport, en 1840, du docteur Villermé. Ce "Tableau de l'état physique et moral des ouvriers dans les principales fabriques de France", établi pour l'Académie des sciences morales et politiques, va inspirer directement la loi de 1841 sur le travail des enfants.

Pour la première fois on établit ainsi une relation étroite entre l'activité d'observation et l'activité législative et réglementaire.

L'observation et l'analyse des relations sociales va devenir progressivement un enjeu de la question sociale. L'Etat va intervenir sur trois fronts :

- la protection des plus faibles
- l'hygiène et la sécurité
- la durée du travail

On cite souvent la loi du 22 mars 1841 (sous la Monarchie de juillet) comme un premier "balbutiement" du droit du travail. Cette loi interdisait, dans certaines usines, le travail des enfants de moins de huit ans et réglementait le travail des enfants au delà de cet âge <sup>2</sup>.

Les industriels protestèrent, affirmant que la loi nouvelle les ruinerait. On ne put en apprécier les effets puisqu'elle ne fut guère appliquée.

Des considérations humanitaires sont certes à l'origine de cette réglementation. Mais la perspective sociale n'est pas la seule à expliquer cette intervention. La loi de 1841 trouve également son origine dans des préoccupations militaires, car l'armée ne parvenait plus à recruter suffisamment de soldats du fait de l'état de délabrement physique des hommes dû à un travail précoce et trop intense<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> (pas plus de 12 heures à partir de 12 ans).

<sup>3</sup> "Il s'agit de sauvegarder dans leur germe les forces de la patrie, de ménager ce patrimoine national qui doit constituer les générations futures et de préparer au pas de bons serviteurs, en lui donnant des hommes vigoureusement constitués

Cette loi n'en constitue pas moins une rupture essentielle puisque l'Etat a porté une première atteinte au principe de la liberté contractuelle. Cette intervention protectrice se dégage encore peu de la fonction traditionnelle, régaliennne de l'Etat qui vise à protéger l'ordre public et à garantir l'existence de la nation.

Le rôle protecteur de l'Etat va se développer et se confirmer dans la deuxième moitié du XIXème siècle avec plusieurs initiatives législatives en vue de protéger les plus faibles -les enfants-, les "filles mineures" et enfin les femmes (loi du 2 novembre 1892 sur le travail des femmes).

Malgré les débats et les oppositions qu'elle a suscité à l'époque, cette intervention protectrice de l'Etat à l'égard des plus faibles bénéficie d'une légitimité forte qui finira par être reconnue par les libéraux eux mêmes<sup>4</sup>.

## **2<sup>ème</sup> front: Hygiène et sécurité**

L'hygiène et la sécurité va faire l'objet d'un premier texte d'ensemble avec la loi du 12 juin 1893. La matière connaîtra de nombreux développements législatifs et réglementaires qui en font aujourd'hui un des domaines les plus techniques et les plus complexes du droit du travail.

Dans cette matière, la fin du XIXème siècle voit se renverser totalement la logique antérieure, avec l'affirmation progressive de la responsabilité de l'employeur au regard de la sécurité dans l'entreprise, assortie d'obligations<sup>5</sup>.

La reconnaissance par la loi du 9 avril 1898 de la responsabilité de l'employeur, en cas

---

(intervention Comte Albert de Mun, débat à la Chambre, juillet 1890).

<sup>4</sup> Ainsi, Paul Leroy-Beaulieu, dans son essai sur la répartition des richesses (1883) écrit : "Il ne peut y avoir aucun doute sur la légitimité de l'intervention de l'Etat pour la réglementation du travail des mineurs et des femmes. L'Etat a envers ces deux catégories de personnes un droit de protection; il doit l'exercer assurément avec réserve, et circonspection pour ne pas annuler le droit du mari et celui du père, mais il ne saurait non plus renoncer à en faire totalement usage "

d'accident du travail, viendra sanctionner ce renversement : en fournissant du travail à l'ouvrier le patron crée un risque dont il assume la charge.

### **3<sup>ème</sup> front – La durée du travail**

L'encadrement général (et non plus limité aux plus faibles) de la durée du travail se met en place avec la loi du 30 mars 1900 instituant la journée de 11 heures.

Si l'Etat poursuit au départ un objectif hygiéniste (il s'agit, à cette époque de limiter les durées excessives et leurs conséquences sur la santé et les risques d'accident), l'objectif de la protection généralisée de la population ouvrière s'imposera progressivement.

Enfin , la reconnaissance par la jurisprudence, en 1907, de la subordination du salarié à l'égard de l'employeur constituera une étape essentielle dans l'évolution du rôle protecteur exercé par les pouvoirs publics. Cette reconnaissance aboutit à une nouvelle définition du contrat de travail : **"convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération"**.

La reconnaissance du lien de subordination permettra au droit du travail de se développer, en cherchant "à compenser l'inégalité économique employeur-salarié par une inégalité juridique destinée à éviter à l'homo faber de subir de plein fouet la loi du marché".

## Chapitre 1 : LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL

Le droit du travail a cessé d'évoluer sous l'influence de facteurs exclusivement nationaux. Les traités et conventions internationaux sont devenues une source de droit qui s'intensifie tandis que le droit social communautaire tend également à se développer.

### Section 1 : Les sources internationales

En vertu de l'article 55 de la constitution de 1958, les traités ratifiés et approuvés ont une autorité supérieure à celle des règles de droit interne.

#### § 1 – l'OIT

En droit du travail, au plan mondial, une institution joue un rôle d'une extrême importance, c'est l'Organisation Internationale du Travail dont le siège est à Genève.

L'OIT a été créée en 1919 par le Traité de Versailles, au lendemain de la première guerre mondiale, avant même l'élaboration d'un droit du travail digne de ce nom.

Dès cette époque est venue en effet l'idée d'unifier progressivement les droits sociaux nationaux, en raison des flux de main d'oeuvre. Les Etats membres convenaient d'adopter un minimum de justice sociale, ce qui permettait d'établir une saine concurrence.

En 1936, 62 Etats en étaient membres. Aujourd'hui, ils sont **177**. De nombreux Etats, nouvellement constitués à l'est se sont joints à l'OIT.

Sa remarquable longévité tient sans doute à sa structure tripartite prémonitoire (comprenant des représentants des Etats, des organisations nationales représentatives d'employeurs et de salariés). Les partenaires sociaux sont en effet directement

associés à l'élaboration des textes.

Sur le fondement du tripartisme, 3 organes essentiels composent l'OIT.

- La **Conférence internationale du travail**.

C'est l'instance suprême, le **parlement** de l'organisation.

- Le **Conseil d'administration**

Il constitue l'**organe exécutif**.

- Le **Bureau international du travail** (BIT), qui assure le secrétariat permanent de l'organisation. 3000 fonctionnaires environ de plus de 110 nationalités y travaillent. Ils préparent les conférences, réalisent des études les plus diverses sur les questions liées au travail (depuis le statut des dockers jusqu'au télétravail) en passant par le travail des enfants ou la sécurité et la santé au travail.

D'importants programmes concernent notamment la formation syndicale. En outre, les livres et les revues publiées par le BIT forment la base de toute recherche en droit du travail.

Les instruments juridiques utilisées par l'OIT sont :

- soit les **conventions** qui sont ratifiées par les Etats qui s'engagent à les appliquer et à accepter un contrôle international.: libertés fondamentales, emploi et chômage, conditions de travail, relations professionnelles, inspection du travail , travailleurs migrants, sécurité sociale
- soit les **recommandations** qui sont des standards fixant des objectifs, sources d'inspiration pour l'action. Les partisans de la flexibilité ont bien sur un faible pour ce droit mou.

Des **procédures générales** obligent les Etats à adresser régulièrement des **rapports** sur l'application des normes.

Des **procédures particulières** de contrôle sont mises en oeuvre à la suite de **réclamations ou plaintes**.



Puisque les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, les Etats sont tenus de se conformer aux Conventions qu'ils ont signés.

La Conférence internationale du travail a voté, le 14 juin 2000 une résolution demandant au Myanmar (Birmanie) de prendre une action concrète pour se conformer à la Commission d'enquête de 1998 qui avait constaté que la pratique du travail forcé était systématique et généralisée.

Cette résolution est fondée sur l'article 33 de la constitution de l'OIT qui n'avait encore jamais été utilisée et qui vise les cas dans lesquels un pays ne se conforme pas dans les délais prescrits aux recommandations d'une commission d'enquête, ces dernières n'étant instituées qu'en cas de violations graves et persistantes de normes internationales du travail.

L'OIT lance également également des actions de sensibilisation comme la journée mondiale du 12 juin sur le travail des enfants. En 2005, la journée mondiale visait à éliminer le travail forcé des enfants dans les petites exploitations de mines et de carrière. En général, ces exploitations ne disposent pas des procédés, des outils et des mesures de sécurité permettant de protéger les travailleurs quel que soit leur âge. Dans ces conditions, l'effondrement des galeries, les explosions accidentelles, la manipulation des substances toxiques comme le mercure ou le plomb, les maladies chroniques telles que la silicose, sont autant de facteurs exposant adultes et enfants au risque de dommage ou de mort. La saleté et les conditions dangereuses de travail, le transport de lourdes charges au cours de longues heures de travail augmente le risque d'accident et de maladie et ôte toute chance pour les enfants de devenir un jour des adultes en bonne santé.

Selon l'OIT, on estime que 250 millions d'enfants travaillent dans le monde. Un million d'entre eux travailleraient dans les mines et carrières, accomplissant des tâches considérées comme les pires formes de travail des enfants par la convention n° 182 de l'OIT. Cette convention concerne l'interdiction des « pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination ».

Il ne faudrait pas croire que les conventions de l'OIT n'intéressent que les droits des pays non démocratiques. En 2006, c'est sur le fondement de la violation d'une convention de l'OIT que les syndicats ont attaqué le Contrat Nouvelles Embauches et le Contrat Première Embauche. C'est sur ce même fondement que le Conseil des Prudhommes de Longjumeau a écarté le CNE qu'il a jugé non conforme à la Convention de l'OIT sur les licenciements.

## § 2 – la charte sociale européenne

**La Charte sociale européenne a été signée à Turin le 18 octobre 1961** et est entrée en vigueur en 1965. Elle constitue la pendant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour ce qui est des droits économiques et sociaux.

La Charte sociale européenne constitue une sorte de condensé des différents droits que les Etats développés de l'Europe accordent aux salariés, une sorte de document de synthèse qui regroupe les principes dispersés dans les conventions de l'OIT.

Tantôt elle va plus loin (dans l'affirmation du droit de grève par exemple) tantôt elle va moins loin (en matière de durée du travail par exemple puisqu'elle refuse de prendre position alors que la convention de l'OIT correspondante est infiniment plus précise.)

En 1996, le Conseil de l'Europe a entièrement refondu la Charte de Turin et les protocoles additionnels en un instrument unique dénommé "charte sociale européenne révisée".

La violation de la Charte sociale européenne a aussi été invoquée dans le contentieux du Contrat Nouvelle Embauche devant le Conseil d'Etat qui a jugé que le CNE ne méconnaissait pas la Charte.

## Section 2 – Les sources communautaires

Le développement d'une politique sociale au niveau communautaire ne figurait pas parmi les grandes priorités des six Etats membres au cours des premières années de la Communauté européenne. Ce n'est que progressivement qu'une politique sociale a été mise en place.

### § 1 – La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989

L'ignorance presque complète par l'acte unique des "questions sociales" a incité une partie de la Communauté à adopter, peu de temps après l'Acte unique, une déclaration dite "Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs"<sup>6</sup>.

La Charte a valeur confirmative de droits déjà inscrits, soit dans le Traité (libre déplacement, droit à la formation, égalité des sexes), soit dans la Charte sociale européenne soit dans les conventions de l'O.I.T.

Chaque année, la Commission doit établir, au cours du dernier trimestre, un rapport sur l'application de la Charte par les Etats membres.

---

<sup>6</sup> Le titre 1 contient 12 rubriques détaillées en 26 points. *Ces rubriques concernent :*

- le droit à la liberté de circulation
- l'emploi et la rémunération
- l'amélioration des conditions de travail
- le droit à la protection sociale
- le droit à la liberté d'association et à la négociation collective
- le droit à la formation professionnelle
- le droit à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes
- le droit des travailleurs à l'information, à la consultation et à la participation
- le droit à la protection de la santé et à la sécurité dans le milieu de travail
- la protection des enfants et des adolescents
  - la protection des personnes âgées
  - la protection des handicapés

## **§ 2 – Le traité de Nice (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003).**

Le Traité de Nice, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003 n'a pas apporté de modifications fondamentales en ce qui concerne la politique sociale.

Les dispositions sociales figurent aux articles 136 et suivants.

“La Communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte Communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectif :

- la promotion de l'emploi,
- l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès,
- une protection sociale adéquate,
- le dialogue social,
- le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable
- et la lutte contre les exclusions.”

Les domaines d'intervention communautaire sont plutôt larges.

Le Traité confère aux Institutions la possibilité d'adopter des directives dans les domaines suivants :

- l'amélioration du milieu du travail, pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs
- les conditions de travail (ce qui est extrêmement flou),
- la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs
- l'information et la consultation des travailleurs ;
- la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion
- les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se travaillant en séjour régulier sur le territoire de la communauté

- et l'intégration des personnes exclues du marché du travail.
- l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne leurs chances sur le milieu du travail et le traitement dans le travail.

Ces domaines relèvent de la procédure de co-décision.

Un certain nombre de domaines continuent à relever de **l'unanimité** : il s'agit :

- de la sécurité sociale et protection sociale des travailleurs,
- de la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail,
- de la représentation et défense collective des travailleurs et employeurs
- des conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier

Enfin, une série de domaines sont réservées à la **compétence exclusive des Etats** : il s'agit

- des rémunérations,
- du droit d'association,
- de la grève et du lock out. (art. 137 § 5).

Dans tous les domaines confiés à la compétence communautaire – qu'il s'agisse des mesures pouvant être prises à la majorité qualifiée ou à l'unanimité-, le traité autorise les Etats à confier la mise en oeuvre d'une directive par voie de négociation entre les partenaires sociaux. (art. 137 § 3).

### Section 3 : les sources nationales

Il convient de distinguer les normes d'origine publique et les normes d'origine privée

#### § 1 : Les sources d'origine publique

Droit constitutionnel, code d travail, jurisprudence et principes généraux du droit.

##### A - le droit constitutionnel du travail

Le préambule de la constitution du 4 octobre 1958 renvoie d'une part au préambule de la constitution du 27 octobre 1946. Ce dernier se caractérise par une certaine philosophie des rapports sociaux et formule un certain nombre de droits

- le droit au travail;<sup>7</sup>
- le droit syndical<sup>8</sup> :
- le droit de grève<sup>9</sup>;
- le droit de négociation collective ou de participation à la gestion de l'entreprise : «<sup>10</sup>
- droit à la sécurité sociale
- principe de non discrimination

Le préambule de 1958 renvoie d'autre part à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui vise d'autres droits : droit de propriété, liberté d'entreprendre, liberté du travail, qui doivent aussi être traités comme fondements constitutionnels des rapports de travail.

La conciliation ne se révèle d'ailleurs pas toujours facile entre les principes libéraux (1789) et les principes sociaux (1946).

---

<sup>7</sup> : chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi : nul ne peut être lésé dans son travail en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances

<sup>8</sup> tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix

<sup>9</sup> qui s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent

<sup>10</sup> tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises)

En France, un droit constitutionnel du travail s'est développé depuis quelques années, au fil des décisions rendues par le conseil constitutionnel qui a ainsi donné pleine force, tant aux valeurs libérales qu'aux valeurs sociales.

Par exemple, le droit à l'emploi a été invoqué devant le Conseil Constitutionnel pour le CPE au motif que la suppression des garanties portait atteinte à l'emploi des jeunes.

*.Pour une panorama des décisions rendues en la matière cf. "X. Prétot, Les bases constitutionnelles du droit social", Droit social n° 3, mars 1991, p. 187).*

## **B – Lois et règlements**

Si l'on s'en tient à la constitution, le domaine législatif (et lui seul) devrait se limiter à la détermination des principes fondamentaux (art 34) le surplus relevant du règlement. Mais la réalité est éminemment plus complexe.

Depuis 1910, il existe un Code du travail, remanié et simplifié en 1973. Mais il est plus compilation que codification.

La numérotation ne facilite guère la lecture. Il contient une partie législative (L) et deux parties réglementaires (R pour décrets en Conseil d'Etat et D pour décrets).

Les livres se succèdent sans réelle pertinence : conventions relatives au travail (I) réglementation du travail (II), placement et emploi (III) etc...

## **C - la jurisprudence et les principes généraux du droit**

### **1 – La jurisprudence**

En droit interne, les litiges individuels du travail, jugés par les conseils des Prud'hommes en premier ressort, les chambres sociales des cours d'appel au second degré et portées souvent devant la Cour de cassation (chambre sociale) sont à l'origine de la formation d'une jurisprudence fournie en matière sociale.

On pouvait naguère regretter que le nombre des arrêts de principe soit rare et que sur bien des points, la jurisprudence s'éparpille en de nombreux cas d'espèce. Un redressement est de ce point de vue en cours : des principes clairement affirmés sont en train de diminuer le nombre excessif des pourvois.

La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation constitue une autre source importante du droit du travail, notamment avec PV dressés par les inspecteurs du travail.

Quelques divergences existent d'ailleurs entre les deux chambres.

Il faut ajouter à cela la jurisprudence administrative puisque les tribunaux administratifs vérifient la légalité des actes réglementaires ou individuels. Ainsi, en matière de licenciement des représentants du personnel la jurisprudence du Conseil d'Etat est relativement importante. Mais les tribunaux administratifs peuvent connaître également de l'extension des conventions collectives, de légalité des règlements intérieurs, la jp administrative intervient parallèlement.

En droit international, les sources de la CEDH et de la CJCE ne doivent pas être négligées. Par exemple, la CEDH a condamné la France, le 27 juillet 2006 pour la longueur de ses procédures en matière de contentieux du travail (Valeras c/France).

## **2 – Les principes généraux du droit**

Pour combler les lacunes de la législation, les tribunaux appliquent souvent les principes généraux du droit civil. L'article L. 121-1 du Code du travail énonce du reste que le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun.

On utilise ainsi les concepts d'abus de droit (abus du droit de rompre pendant la période d'essai) ou de non discrimination entre les travailleurs.



## § 2 – Les sources professionnelles

L'autonomie des partenaires sociaux se manifeste à travers d'une part les conventions

et accords collectifs et, d'autre part, les accords atypiques et recommandations patronales.

### A - Les conventions collectives de travail

En France, le droit des salariés à la négociation collective se relie au droit des salariés de participer à la détermination de leurs conditions de travail, qui est inscrit dans le préambule de la constitution de 1946.

Ce sont des instruments extrêmement importants en droit du travail. Il faut distinguer les conventions collectives qui concernent l'ensemble des conditions de travail et les accords qui ne visent qu'un point plus spécifique (les salaires ou la réduction du temps de travail).

La convention collective est un accord conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés. L'objectif es de fixer en commun les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales.

Cela revient finalement à substituer des groupements aux individus dans la détermination des conditions d'emploi, de travail de salaire.

Ces conventions et accords collectifs de travail peuvent être conclus au niveau de la branche, au niveau de l'entreprise et au niveau interprofessionnel,

- au niveau de la branche d'activité.

La convention collective professionnelle ou de branche couvre tout ou partie d'une

branche d'activité, chimie, métallurgie par exemple. Son champ territorial peut être national, régional ou local.

Il faut noter que les conventions conclues au niveau des branches jouent un rôle de police spéciale de la concurrence . Dès lors que des entreprises opèrent sur un même marché et qu'elles se trouvent liées par une convention de branche, elles ne peuvent plus jouer sur les coûts salariaux ou les conditions de travail. Cela écarte les risques de dumping social et la concurrence se déplace alors sur la qualité des produits ou des services.

Cette fonction d'intérêt général explique que l'Etat puisse décider, par arrêté d'extension, étendre les conventions de branche à toutes les entreprises qui en relèvent, quand bien même le chef d'entreprise ne serait pas adhérent à l'organisation patronale signataire.

- au niveau de l'entreprise.

La fonction d'harmonisation des conditions sociales de la concurrence fait totalement défaut dans les conventions conclues au niveau de l'entreprise, qui ont pour objet, au contraire, de permettre une diversification du statut conventionnel des salariés appartenant à la même branche.

Au sein d'une même entreprise, les établissements peuvent être couverts par des accords d'établissement.

Les conventions conclues au niveau d'une profession (journalistes, VRP) jouent un rôle un peu différent. Ils fondent plutôt un droit corporatif qui s'applique à une catégorie particulière de salariés, quelle que soit leur branche ou leur entreprise d'appartenance . Bien qu'il ait considérablement régressé, ce type de convention n'a pas disparu et peut se combiner avec les conventions de branche ou d'entreprise.

- au niveau interprofessionnel.

Enfin les accords nationaux interprofessionnels (ANI) visent l'ensemble des branches et des entreprises sur le territoire. Leur fonction a consisté à associer les organisations

patronales et syndicales à l'évolution du droit du travail dans son ensemble, soit en créant des systèmes de protection auxquels l'Etat a ensuite donné une base légale<sup>11</sup>, soit en préparant ou en accompagnant une réforme législative<sup>12</sup>.

Le modèle français de la convention collective a évolué ces dernières années sur trois points en particulier :

### 1) l'atteinte relative portée au monopole syndical

En principe, ce sont les syndicats qui négocient. Mais le monopole des syndicats représentatifs a été atténué, d'abord à titre expérimental, puis de façon définitive par la réforme du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle et le dialogue social. Il est désormais possible, sous certaines conditions, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, de conclure un accord d'entreprise avec les représentants du personnel<sup>13</sup> ou des salariés mandatés par les syndicats.

Il s'agit toujours d'un accord atypique car non signé par un syndicat et sa mise en œuvre suppose un accord de branche ou interprofessionnel fixant les thèmes ouverts à ce type de négociation.

### 2) Le principe majoritaire

Des critiques s'étaient élevées à l'encontre des syndicats représentatifs minoritaires qui signaient en toute légalité des conventions puisque chaque syndicat est censé représenter l'intérêt collectif des salariés.

Avec la loi Fillon, désormais, tout accord est soumis à la loi de la majorité ; Mais il y a 2 sortes de majorités : soit l'accord doit recueillir la signature d'une majorité syndicale pour être valable ; soit l'accord minoritaire est valable tant que la majorité syndicale ne s'y oppose pas.

### 3) Accords dérogatoires

---

<sup>11</sup> Accord interprofessionnel du 10 octobre 1986 sur la sécurité de l'emploi

<sup>12</sup> ANI du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnel remplacé par un nouvel ANI du 3 juillet 1991.

<sup>13</sup> Délégués du personnel et membres du Comité d'entreprise.

Pendant longtemps, le droit du travail a fonctionné de telle sorte que la norme inférieure pouvait déroger à la norme supérieure dans un sens plus favorable. Ainsi, les conventions collectives pouvaient déroger à la loi dans un sens plus favorable, de même que les accords d'entreprise pouvaient déroger à la convention collective.

Ici, des réformes successives ont élargi la possibilité de déroger aux dispositions légales dans un sens qui n'est pas nécessairement favorable aux salariés. (notamment accords dits « dérogatoires » en matière de temps de travail ou de salaire). Quelques domaines sensibles échappent à toute dérogation : les salaires minima, les classifications, ou la protection sociale complémentaire.

## **B Les recommandations patronales et les accords atypiques**

### **a. Les recommandations patronales**

En principe, ce sont les organisations syndicales qui négocient les accords. Toutefois, l'impossibilité d'aboutir à la conclusion d'un accord avec les organisations syndicales ouvrières a conduit parfois les organisations patronales à procéder par voie de recommandations unilatérales. Les recommandations d'une organisation patronale s'adressent alors aux employeurs adhérents, pour recommander le paiement d'une prime ou la revalorisation de certains salaires.

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les entreprises adhérentes au groupement étaient obligées de suivre ces recommandations. Pour conférer un caractère obligatoire à ces recommandations, la jurisprudence s'est fondée sur l'usage (la pratique antérieure de suivre les recommandations), ou encore sur l'idée d'engagement unilatéral pris par l'organisation chargée de négocier au nom de ses adhérentes (soc. 31 mars 1981, Bull.civ. V, n° 287 ; 8 oct. 1987, D. 1989.85).

Un pas supplémentaire a été franchi avec une série d'arrêts du 29 juin 1999, dont l'un prononce une cassation « vu le principe de l'effet obligatoire de la recommandation

patronale » (Cass.soc. 29 juin 1999, Dr.sc. 1999, 799) .Pour la Cour constitue une recommandation patronale une décision unilatérale d'un groupement ou d'un syndicat d'employeurs qui s'impose à tous ses adhérents.

En l'espèce, les parties (employeurs et syndicats) n'ont pas pu aboutir à un accord. Les 2 syndicats patronaux ont signé une déclaration commune recommandant aux entreprises de verser une indemnité aux conducteurs routiers.

La recommandation est donc bien devenue une source de droit à part entière. Il convient donc d'examiner attentivement le libellé de la recommandation pour la qualifier. Une déclaration claire et précise est une recommandation obligatoire à l'inverse de la simple suggestion qui ne pourra être considérée que comme une incitation.

#### **b- Les engagements unilatéraux**

Indépendamment même de tout accord, une simple déclaration du chef d'entreprise peut constituer un engagement unilatéral, en tant que source véritable de droit pour les salariés dont il peuvent se prévaloir.

Parmi ceux-ci figurent notamment les notes de services, ou des réponses aux représentants du personnel etc..., ou encore des déclarations faites par l'employeur devant le Comité d'entreprise.

La jurisprudence a choisi de conférer force obligatoire à ces engagements unilatéraux de l'employeur. Tel est le cas d'une prime qui, lorsqu'elle est payée en exécution d'un tel engagement, constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement, peu important son caractère variable (Cass.soc.28 oct 1997, n° 95-41-873).

Tel est le cas de l'engagement pris par l'employeur de limiter le nombre de licenciements pendant une période déterminée (Cass. Soc. 25 nov. 2003, BSN, Dalloz

2004, 33). Mais la caractéristique d'un engagement suppose que l'on soit en présence de mesures précises et inconditionnelles. Dans l'arrêt du 25 novembre 2003, la cour prend soin de relever l'existence de « mesures détaillées » auxquelles s'était engagé l'employeur. La Cour de Cassation ne prononce pas la nullité des licenciements intervenus en violation de l'engagement mais énonce que les salariés peuvent demander la réparation du préjudice causé par l'inobservation de l'engagement.

Les juges considèrent que l'accord atypique conclu pour une durée indéterminée doit être soumis à la procédure de dénonciation applicable aux usages<sup>14</sup>. (Cass. Soc. 20.06.2000, RJS 9-10/00 n° 1036, TD1).

## **C - les usages**

Il en est de deux sortes, l'usage professionnel, les usages de l'entreprise.

L'usage professionnel est un avantage conféré à tout ou partie du personnel, dans une ou plusieurs professions et en un lieu donné, qui est devenu un droit par la force de l'habitude. On peut y voir une forme dérivée de la coutume.

Sa place dans la hiérarchie des normes est modeste : il se situe au bas de l'échelle et disparaît en présence d'une norme conventionnelle, même moins favorable. Le développement des conventions collectives tend d'ailleurs à restreindre leur rôle.

Ainsi peut constituer un usage professionnel le fait d'accorder deux heures pour la recherche d'un emploi pendant le préavis en cas de licenciement.

Parmi les usages, les plus connus sont les usages d'entreprise.

Il s'agit d'une pratique constante, devenue norme, liant l'employeur et créée par lui dans le cadre de son pouvoir de direction. L'usage apparaît souvent comme tel lorsqu'il

---

<sup>14</sup> Ainsi, la dénonciation par l'employeur d'un engagement unilatéral doit, pour être régulière, être précédée d'un préavis suffisant pour permettre des négociations et être notifiée, outre aux représentants du personnel, à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition qui leur profite.

est dénoncé, notamment en raison de difficultés économiques ou de changement d'employeur.

L'usage peut être le fait d'appliquer volontairement une convention collective ou un accord collectif ne liant pas l'employeur, d'accorder des avantages collectifs en faveur des représentants du personnel ou des avantages individuels à une catégorie du personnel.

La pratique peut être née d'une initiative patronale (le versement d'une prime) ou d'un acquiescement tacite de l'employeur à des pratiques des salariés (non déduction du temps de travail de la durée d'une pause devenue habituelle). La simple tolérance ne suffit pas (Cass soc. 9 juillet 1986, dr.soc. 1987, 367) et l'erreur exclut l'usage.

S'il y a usage, le salarié peut en réclamer l'application à l'employeur. C'est à celui qui l'invoque d'en établir l'existence. Celle-ci suppose que les trois caractères suivants soient réunis, :

- constance,
- fixité,
- généralité (cass.soc. 28 fév. 1996, bull.civ.V, n° 74).

L'employeur ne peut mettre fin à l'usage en cessant de le respecter. La suppression d'un usage obéit à certaines règles.

L'employeur doit dénoncer l'usage. Cette dénonciation est opposable aux salariés qui ne peuvent prétendre y voir une modification de leur contrat de travail puisque les avantages résultant de l'usage ne sont pas incorporés au contrat de travail.

Le régime de la dénonciation a été ébauché par la Cour de Cassation sur le modèle de la dénonciation des accords collectifs et la Cour casse parfois au visa « des règles régissant la dénonciation des usages » (soc. 3 déc. 1996, Dr.soc. 1997, 102).

La dénonciation doit être portée à la connaissance :

- des représentants du personnel (et non des syndicats)
- -et de chaque salarié
- si est en cause une disposition qui leur profite individuellement.

La dénonciation ne produira ses effets qu'au terme d'un délai de prévenance qui doit être suffisant « pour permettre d'éventuelles négociations ». Il n'y a pas cependant d'obligation de négocier.

Faute de dénonciation notifiée aux représentants du personnel et aux salariés ou de délai suffisant (ce caractère relève de l'appréciation du juge) , l'usage demeure en vigueur.

Enfin, si la dénonciation n'a pas à être motivée, elle peut être abusive, la preuve de son motif illicite entraînant la nullité.

Le transfert de l'entreprise (art L. 122-12) à un nouvel employeur ne remet pas en cause les usages qui sont opposables au nouvel employeur.

## **D – Les chartes professionnelles ou Chartes d'entreprise, Code de bonne conduite**

Les Chartes ou Codes de bonne conduite, au carrefour du droit et de l'éthique, se multiplient aujourd'hui dans le cadre du développement de la responsabilité sociale des entreprises.

La valeur juridique de ces Chartes est encore floue mais on trouve déjà de la jurisprudence engageant la responsabilité des entreprises, telle Novartis, condamnée le 6 octobre 2004 par le TGI de Nanterre. Novartis entendait être informée par ses collaborateurs de leurs « occupation gouvernementales politique, bénévoles ou civiques, « en leur enjoignant de soumettre ces occupations à l'autorisation de la société.

Le juge énonce que « s'il est louable pour une société de rappeler à son personnel un certain nombre de règles d'éthique dans la conduite de sa vie professionnelle, et s'il est normal que soient envisagés les cas où peuvent se produire des conflits d'intérêts entre



la vie professionnelle et la vie personnelle, encore faut-il que ces règles ne constituent pas une atteinte à la vie privée du personnel ».

## **TITRE 1 : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL**

L'Etat s'est immiscé de plus en plus dans les relations individuelles entre employeurs et salariés. Ce faisant, il a contribué à définir ce que l'on peut appeler la "relation salariale".

Cette dernière a une double caractéristique :

- d'une part, la dépendance à l'égard de l'employeur, reconnue et traduite par la notion juridique de "subordination". A ce titre, le salarié bénéficie de garanties touchant divers aspects de son contrat de travail.

- d'autre part, l'entreprise devient de son côté une institution réglementée : outre les garanties apportées aux salariés par les accords collectifs et la loi, le pouvoir disciplinaire et réglementaire en son sein est encadré.

.

### **Chapitre 1 : Les frontières du salariat**

#### **Section 1 : Le critère du contrat de travail**

Le travail salarié se distingue du travail non salarié, c'est-à-dire indépendant. Il n'existe quasiment plus de profession indépendante par nature, le salariat ayant progressivement pénétré l'ensemble des professions (médecins, journalistes, avocats, etc...).

Il faut raisonner *a contrario*. Le code du travail ne fournit aucune définition du contrat de travail et c'est essentiellement la jurisprudence qui a forgé le concept de contrat de travail.

Bien que la Cour de cassation n'ait jamais proposé de véritable et complète définition, l'accord doctrinal s'est fait sur la définition suivante :

*« le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération ».*

Il ressort de cette définition que le lien de subordination n'est pas « le » critère mais qu'il réside en réalité dans la réunion nécessaire de trois éléments :

- une prestation personnelle de travail
- une rémunération
- un lien de subordination.

Le travailleur indépendant est celui qui fournit un travail dans le cadre d'un contrat autre que le contrat de travail, donc sans être subordonné, et dont la rémunération (honoraires par exemple) est d'une autre nature qu'un salaire.

A la différence du salarié, il est normalement propriétaire de ses instruments de travail. Mais surtout, il est « à son compte », ce qui signifie qu'il supporte seul les risques de son activité, dont il recueille seul les profits.

Il ne travaille pas sous le contrôle d'une autorité hiérarchique, ni dans l'entreprise d'autrui.

Les indices du travail indépendant sont en quelque sorte le négatif de ceux du salariat.

En effet, le contrat de travail a pour objet la mise à disposition d'une personne sous la subordination d'une autre, afin d'exercer une activité rémunérée.

Le critère tient à l'exécution d'un travail pour le compte et sous l'autorité d'un employeur qui le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de

sanctionner les manquements de son subordonné. L'existence d'un contrat de travail dépend en tous cas des conditions d'accomplissement du travail et ne dépend pas de la qualification donnée par les parties.

Mais la frontière n'est pas toujours très claire entre le travail indépendant et salarié notamment en ce qui concerne les contrats d'entreprise. Une prestation a été fournie, le travail exécuté. Celui qui a fourni le travail peut estimer que l'activité s'est inscrite dans le cadre d'un contrat de travail, alors que le donneur d'ordre soutient que la prestation de travail résulte d'un contrat d'entreprise. Les conséquences sont importantes au regard des obligations vis-à-vis de l'URSSAF, des ASSEDIC...(+ sanctions pénales de travail dissimulé).

La cour de cassation avait énoncé, dans un arrêt datant de 1972, que dans le contrat d'entreprise, les ordres du maître de l'ouvrage concernent l'orientation générale du travail et les buts à atteindre, mais l'entrepreneur conserve son indépendance quant aux moyens d'exécution. Au contraire dans le contrat de travail, les ordres portent directement sur l'exécution du travail, dont les méthodes et les moyens ne sont pas abandonnés à l'initiative du salarié (soc 20 avril 1972,, Bull.civ. V,n ° 252.

La loi Madelin était intervenue le 11 février 1994 pour créer, dans certaines circonstances, une présomption... de non salariat. Le texte a été abrogée par la loi Aubry II du 19 janvier 2000 mais... a été rétabli par la loi du 1<sup>er</sup> aout 2003 pour l'initiative économique..

En vertu de l'article L. 120-3 du Code du travail les personnes physiques immatriculées au registre du commerce ou au répertoire des métiers ou au registre des transporteurs routiers de personnes ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales sont « *présumés ne pas être liés par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation* ».

Cette présomption d'activité indépendante, qui repose sur un critère formel souffre toutefois la preuve contraire, s'il existe un lien de subordination juridique permanente à

l'égard du donneur d'ouvrage. Ainsi est requalifié en contrat de travail le contrat de deux gardiens inscrits au registre du commerce et des sociétés alors que les époux avaient été soumis à une période d'essai, qu'ils étaient tenus de travailler 35 h par semaine et bénéficiaient en contre partie d'une rémunération mensuelle et de l'avantage en nature que constituait leur logement (...) qu'ils recevaient des directives précises sur l'exécution des tâches à accomplir (cass.soc 22 mars 2006, n° 05-42346).

Ainsi, à défaut de permanence, l'entrepreneur individuel, issu le cas échéant de l'extériorisation de la main d'œuvre( ou de l'essaimage) ne peut pas établir à son profit l'existence d'un contrat de travail.

La pratique de l'essaimage consiste pour une société à susciter la création de micro-entreprises auxquelles elle sous-traitera une partie de son activité, échappant ainsi aux contraintes inhérentes à l'emploi de salariés.

Si de nombreux contrats d'externalisation de l'emploi peuvent être justifiés par la volonté, pour l'entreprise, de se recentrer sur son métier d'origine -en confiant à d'autres les tâches accessoires-, la jurisprudence doit, néanmoins, sanctionner les recours abusifs à ces mécanismes contractuels lorsqu'ils visent à éluder l'application des règles de droit du travail.

Les contrats de sous-traitance, de société ou prestation de service pourront alors requalifiés par le juge en contrat de travail.

Pour les requalifier, le juge va devoir déterminer si le travail indépendant est exercé dans un **état de subordination juridique** par rapport à l'entreprise cliente.

3 critères vont permettre distinguer les vrais contrats d'externalisation de ceux visant simplement à éluder l'application du droit du travail.

**1° critère : celui de l'exercice du pouvoir de direction.** Ce pouvoir de direction doit

être le fait du sous-traitant et non le fait de l'entreprise utilisatrice. Cela suppose que l'entreprise utilisatrice n'exerce pas un contrôle effectif et direct sur le travail effectué, par le biais de l'intégration dans un service ou dans la structure de l'entreprise (exemple le cas des chauffeurs routiers mis à leur propre compte par leur employeur) (Crim 5/1/1995 RJS n1995, n°317).

**2° critère : celui tenant à la nature de la prestation en cause.** En principe, le travailleur indépendant est propriétaire de ses moyens de production tandis que l'employeur fournit au salarié les éléments nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il en résulte que si l'entreprise principale fournit au sous-traitant le matériel et l'outillage, le contrat de sous-traitance peut être requalifié en contrat de travail (Soc. 6/7/1966, Bull Civ. IV 578 équipe de maçons à qui l'on fournit le mortier, les outils).

**3° critère qui tient au mode de rémunération.** Ce critère n'est pas décisif, il ne constitue qu'une simple présomption. Par exemple, les juges vont requalifier le contrat de sous-traitance en contrat de travail lorsqu'ils relèvent que les artisans travaillent exclusivement pour le donneur d'ordre, lequel leur fournit les matériaux, contrôle la bonne exécution des travaux en leur donnant les directives nécessaires, les règle par périodicité régulière et non à la fin du chantier et établit leurs factures (Crim. 10 mars 1998, D. 1999, som. P. 184).

Le recours au contrat de sous-traitance peut également dissimuler un prêt de main d'œuvre illicite au titre de l'article L. 125-3 qui interdit les opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre. Est ainsi caractéristique de la fourniture de main d'œuvre illicite, la convention litigieuse dès lors que les salariés étaient placés sous l'autorité de l'entreprise utilisatrice, que celle-ci définissait les tâches à exécuter, fournissait elle-même les pièces de rechange, (...) et que la société de prestations de services ne mettait en œuvre aucune technique qui lui fût propre (Crim 15 juin 1984 , bull.crim. n° 229) .

Les juges peuvent également requalifier en contrats de travail des contrats de franchise en application de l'article L. 781-1 du C.t qui vise les personnes dont la profession

consiste à vendre des marchandises ou produits qui leurs sont fournis presque exclusivement par une seule entreprise ou à recueillir des commandes ou manutentionner des objets pour le compte d'une seule entreprise, dans un local fourni et à des conditions de prix imposés par cette entreprise (Cass.soc. 4 déc. 2001, M. Sierra, D.2002, jp.p.1934).

## **Section 2 : Les statuts particuliers**

Le législateur a souhaité tenir compte de certaines situations qui mettaient des personnes dans des situations de dépendance économique quand bien même ces personnes exercent leur travail de manière relativement indépendante.

Tel est le cas du travailleur à domicile qui sans l'intervention du législateur, aurait été un sous-traitant indépendant, du VRP qui aurait été un mandataire, du journaliste, qui aurait été un auteur indépendant et de l'artiste du spectacle qui aurait été un prestataire de services.

S'agissant des VRP, l'article L. 751-1 C.t. dispose que les conventions dont l'objet est la représentation, intervenues entre les VRP et leurs « employeurs » sont « des contrats de travail » lorsque se trouvent remplies certaines conditions comme :

- activité exclusive et constante
- absence d'opérations commerciales pour leur compte personnel
- détermination d'une zone d'activité, etc...

Si les conditions sont remplies, le contrat est réputé être un contrat de travail .

D'autres dispositions du contrat de travail se bornent à présumer l'existence d'un contrat de travail.

Tel est le cas :

- des journalistes professionnels (art L. L.761-2,
- des artistes du spectacle (L. 762-1)

- des mannequins (art. L. 763-1).

Ces textes créent des salariés par détermination de la loi auxquels s'ajoutent des règles propres à chaque catégorie de profession (par exemple une indemnité de clientèle pour les VRP {art. L. 751-8} ou paiement d'une indemnité de licenciement pour les journalistes en cas de démission en application de la clause de conscience {art. L. 761-7}).

On signalera également que l'article L. 784-1 permet de passer de l'entraide familiale au statut de travailleur du conjoint du chef d'entreprise. Pour que ce texte puisse s'appliquer :

- le conjoint doit participer effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel
- il doit percevoir une rémunération horaire minimale égale au SMIC.

Il n'y a pas lieu, si ces conditions sont réunies, de s'interroger sur l'existence d'un lien de subordination.

## **Chapitre 2 : la formation du contrat**

Progressivement, la reconnaissance de la subordination a conduit à encadrer les règles du contrat de travail, pour protéger le salarié et faire respecter ses droits et libertés.

Cette protection intervient dès l'opération de recrutement opérée par l'employeur qui place le candidat sous la protection du droit du travail.

Il est à noter cependant le tribunal compétent reste le Tribunal d'instance ou de Grande instance (selon le montant de la demande) en l'absence de contrat de travail, sauf lorsque la personne est en possession d'une promesse d'embauche.

### **Section 1 : Recrutement, droit et libertés fondamentales**



Au moment de l'embauche, c'est la liberté qui est la règle. Des limites ont toutefois été apportées.

D'une part l'employeur est tenu de respecter un certain nombre de règles quant aux procédés qu'il va mettre en oeuvre pour choisir le futur salarié.

D'autre part, ce choix ne doit pas heurter les restrictions légales ou conventionnelles qui peuvent venir entraver sa liberté d'embauche.

## **§ 1 - La protection du salarié lors de l'opération de recrutement**

Le recrutement d'un collaborateur est un acte aussi important qu'incertain. Important parce que toute erreur en la matière coûte cher, immédiatement et à terme (coût financier mais également psychologique).

Incertain parce qu'aucune entreprise n'a encore trouvé la formule miracle permettant de sélectionner le bon candidat, a fortiori depuis que les capacités du candidat au changement sont devenues une vertu essentielle.

L'embauche est avant tout un pari sur l'avenir. Mais cela ne justifie pas pour autant toutes les méthodes de recrutement. Afin de lutter contre des pratiques de plus en plus douteuses émanant de certains cabinets de recrutement, la loi dite "Lyon Caen" du 31 décembre 1992 a voulu rendre l'acte de recrutement moins subjectif.

### **A – Les services publics de l'emploi**

La première étape du processus de recrutement, c'est de solliciter des candidatures. Le régime du placement est ancien puisqu'il avait été défini en 1945. Initialement assuré par les directions départementales du travail et de la main d'oeuvre, il avait été confié en 1967 à l'agence nationale pour l'emploi.

Ce monopole public de placement de l'ANPE, qui a toujours été très théorique, a été

formellement supprimé par une ordonnance de 1986 et est devenu le "service public de placement".

La loi Borloo du 18 janvier 2005 réorganise le service public de l'emploi.

La loi Borlo modifie le périmètre et le contenu du service public de l'emploi en y associant les collectivités territoriales et leurs groupements, afin de dynamiser le fonctionnement du marché du travail .

Les nouveaux articles L. 310-1 et L. 310-2 définissent le contenu de l'activité de placement, en vue de faciliter son ouverture à de nouveaux opérateurs. Ils fixent les règles protectrices auxquelles est assujetti son exercice (gratuité pour les personnes à la recherche d'un emploi, non-discrimination).

L'activité de placement consiste à fournir, à titre habituel, des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que la personne physique ou morale assurant cette activité ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler.

L'article L. 311-1 définit le service public l'emploi. Celui-ci comprend le placement, l'indemnisation, l'accompagnement,l'orientation et la formation des demandeurs d'emploi .

La loi Borloo redessine le périmètre du service public de l'emploi en distinguant trois cercles :

- **les organismes fondamentaux:** l'État, à travers le ministère chargé de l'emploi, l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE), l'Unédic et les Assédic ainsi que l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes , qui assurent tout ou partie des missions entrant dans le champ du service public de l'emploi,

- les autres organismes publics et privés qui peuvent être amenés à participer, de façon plus ponctuelle, au service public de l'emploi ; il s'agit notamment des organismes de formation, des associations et entreprises d'insertion par l'activité économique mais aussi des entreprises d'intérim ;

- les collectivités territoriales et leurs groupements, enfin, qui, sans avoir de compétences obligatoires en la matière, peuvent concourir au service public de l'emploi, notamment en étant des partenaires des groupements « maison de l'emploi ».

Ces maisons de l'emploi (adaptés à la configuration des bassins de l'emploi) qui ont pour mission de coordonner les actions en faveur l'emploi pour une meilleure efficacité du service rendu aux entreprises et aux demandeurs d'emploi.( L'article L. 311-10)

Ces maisons de l'emploi pourront prendre la forme de groupements d'intérêt public, associant obligatoirement outre l'État, l'Assédic et l'ANPE, au moins une collectivité territoriale ou un EPCI (L'article L. 311-10-1)

L'objectif est de favoriser la mise en place, d'ici 2006, de 300 maisons de l'emploi réparties sur tout le territoire, soit par création de structures nouvelles, soit par labellisation et développement de structures existantes.

Quelle que soit leur forme, l'État pourra contribuer au démarrage et au développement des maisons de l'emploi, par le versement d'une aide.

Avant la loi Borloo, tout employeur était tenu de notifier à l'ANPE les emplois vacants. Cette obligation a été supprimée. En revanche les demandeurs d'emploi sont toujours tenus de s'inscrire auprès de l'ANPE. (art L. 311-2).

L'employeur n'a pas l'obligation d'embaucher les candidats proposés par l'ANPE : il conserve toute liberté pour utiliser d'autres possibilités de recrutement :

- appel à des candidatures spontanées
- offres d'emploi dans la presse ;
- appel à des cabinets de recrutement.

## B – Les offres d'emploi

La loi Borloo libéralise la diffusion, à titre gratuit, d'offres et de demandes d'emploi, qui était jusqu'ici réservée à l'ANPE (article L. 311-4).

La rédaction des offres d'emploi s'effectue toutefois sous contrôle. En effet, si la loi ne fixe pas de contenu obligatoire à l'annonce d'offre d'emploi, certaines mentions sont cependant interdites.

D'abord, le contenu et la forme de l'offre sont laissés à l'appréciation de l'employeur ou de son intermédiaire. Aucune mention, relative à la qualification, à la rémunération, au lieu de travail, aux horaires n'est exigée. Il n'est même pas obligatoire de préciser le nom ou la raison sociale de l'employeur qui recrute.

La loi prévoit même expressément la possibilité de faire paraître des annonces anonymes dans les journaux ou, depuis la loi Borloo, par le biais de « *tout autre moyen de communication accessible au public* ». Dans ce cas toutefois, l'employeur est tenu de faire connaître son identité au directeur de la publication ou au responsable du moyen de communication mentionné. Ces renseignements seront accessibles, à leur demande, aux directions départementales de l'emploi et à l'ANPE qui pourront même les diffuser.

En revanche, si l'offre d'emploi est émise par une entreprise de travail temporaire, l'annonce doit mentionner son nom et sa qualité (art. L 311-4 dernier alinéa).

Si certains mentions ne sont pas obligatoires, un certain nombre de mentions sont en revanche interdites :

- les termes étrangers : en principe, la loi interdit de publier une offre d'emploi en langue étrangère ou contenant des termes étrangers sauf si le travail s'exécute hors du territoire national, si l'annonce est insérée dans un journal de langue étrangère, s'il n'y a

pas de termes correspondant en français. (art. L. 311-4, 3°).

- les mentions discriminatoires :

- encourt des sanctions pénales (*trois ans d'emprisonnement et de « 45 000 € » d'amende*) celui qui aura subordonné une offre d'emploi, une demande de stage ou une une période de formation en entreprise, à une condition fondée sur *l'origine, le sexe, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, les opinions politiques, les activités syndicales, l'appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* (**art. L.225-1 et 2 du code pénal**).

Tombent ainsi sous le coup de la loi les annonces suivantes "cherche OS manutentionnaires européens", (cass crim, 18 juil 1985, MRAP) ou l'offre d'emploi excluant les personnes d'origine nord africaine (cass.crim. 30 janv. 1990, MRAP).

Recueil Dalloz 2003, Sommaires commentés p. 2920

Il en est de même d'une association ayant établi un projet visant à recruter un animateur sportif et un animateur de proximité, précisant que « l'un d'eux devrait appartenir à une famille issue de l'immigration ». En l'espèce, la phrase incriminée fait référence à une origine ethnique.

L'association, en exprimant ce souhait et cette préférence, a manifesté une volonté discriminatoire au moins implicite et doit donc être condamnée pour discrimination à l'embauche, sur le fondement de l'art. 225-1 c. pén. (Cour d'appel de Nîmes, ch. app. corr., 22 novembre 2002, n° 1239/02).

En 2003, c'est le célèbre Moulin Rouge de Paris qui a été condamné par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 11<sup>e</sup> ch. 17 oct. 2003, assoc du restaurant du Bal du Moulin Rouge contre Assoc. SOS Racisme ) pour avoir mené une politique de discrimination à l'embauche pour le personnel de salle du restaurant.

Le Code du travail interdit, au titre de l'égalité entre les hommes et les femmes, de mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché (art. L 123-1), à moins que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe soit la condition déterminante l'exercice d'un emploi (artistes, mannequins et modèles : art. R 123-1 du Code du travail).

S'agissant de la charge de la preuve, en cas de litige sur ce point, il appartient au candidat au recrutement présente les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe ou la situation de famille. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des motifs objectifs étrangers à toute discrimination (art. L. 123-1, alinéa 5, C.trav).

- Le Code du travail interdit également de mentionner dans une annonce une limite d'âge supérieure (art. L. 311-4-1° du C. trav.). En revanche, il est possible de mentionner une limite d'âge minimale, notamment s'il s'agit d'un emploi interdit aux mineurs (débit de boisson par ex).

De même il est licite et fréquent de préciser que le profil du poste s'adresse en priorité à telle catégorie d'âge (ce qui revient à peu près au même).

- Le Code du travail interdit les annonces mensongères (art. L 311-4, 2° du C.Tr): il est interdit de publier dans un journal ou de diffuser, par tout moyen de communication accessible au public, une offre d'emploi comportant "des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur et portant sur l'existence, le caractère effectivement disponible, l'origine , la nature et la description de l'emploi , la rémunération et les avantages annexes ainsi que le lieu de travail ».

Le salarié qui aura contracté avec un employeur sur la base d'une annonce mensongère pourra demander l'annulation de son contrat de travail pour dol et obtenir en outre des dommages et intérêts pour le préjudice subi.

## **C - La sélection des candidats**

Deuxième phase des opérations de recrutement : faire le tri parmi les candidats qui ont répondu à l'offre d'emploi. Cette sélection s'effectue au vu du CV, puis au moyen d'entretiens, questionnaires, tests ou essais professionnels.

Longtemps ignorés par le législateur, les opérations de recrutement ont parfois généré des abus, dont les médias se sont fait l'écho : astrologie, numérologie, morphopsychologie ont été utilisés par certains pour trouver le candidat idéal.

Inspiré du rapport Lyon-Caen sur les libertés publiques et l'emploi, la loi du 31 décembre 1992 s'est fixée pour objectif de "moraliser" les méthodes de recrutement, en limitant l'ingérence des recruteurs dans la vie privée des candidats et en leur imposant une obligation de transparence.

Cela nous amène à examiner la pertinence des informations demandées et la pertinence des méthodes.

### **a- la pertinence des informations demandées.**

En vertu de l'article L. 121.6 du C.Tr. *"les informations demandées, sous quelque forme que soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles ».*

*Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles".*

Cette exigence s'applique à tous les supports de recherche d'information ( tests, questionnaires) mais aussi aux entretiens individuels.

Elle conduit notamment à prohiber toute question se rapportant à la vie extra professionnelle du candidat.

Ainsi, parmi les questions permises :

\* Sont permises les questions relatives à l'état civil du candidat, à ses diplômes, à ses antécédents professionnels, sa situation militaire (l'employeur peut demander si le candidat est dégagé des obligations militaires, mais il n'a pas à demander si le candidat a ou non effectué son service militaire).

\* L'employeur a le droit de savoir si le salarié est tenu ou non par une clause de non concurrence. En effet, la mention "libre de tout engagement" est insuffisante pour établir que l'ancien employeur a renoncé à la clause de non concurrence (Cass. soc. 24 oct. 1979).

Le silence du candidat sur ce point sera susceptible de constituer ultérieurement une faute grave justifiant son licenciement sans préavis ni indemnité. (Cass. soc 14 nov. 1983, Havette).

### **Les questions interdites**

\* Sont interdites les questions relatives à la vie privée du candidat, en application de l'art. 9 du Code civil. "chacun a droit au respect de sa vie privée".

Ainsi, l'employeur n'a pas à savoir :

- si la candidate est fiancée ou va se marier,

- si elle est enceinte . L'art. L. 122-25 énonce expressément que « la femme candidate à un emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse »

Ainsi, la dissimulation d'un état de grossesse interdisant à la salariée d'occuper le poste pour lequel elle s'est fait engager sous CDD n'entraîne pas la nullité du contrat et ne constitue pas non plus un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée (Cass. soc. 2 fév. 1994, Cie des vernis Valentine / Geoffray ).

\* Sont à proscrire les questions d'origine raciale ou ethnique, ainsi que les



questions relatives aux mœurs, au logement, aux loisirs.

\* Sur les antécédents judiciaires, les avis sont partagés. Certains auteurs pensent que l'employeur peut demander au salarié de lui fournir un extrait de casier judiciaire. Il est vrai qu'aucune disposition légale ne l'interdit ni ne le prévoit.

D'autres en revanche estiment que l'employeur n'a pas à demander au candidat ses antécédents judiciaires. Et que le candidat n'a pas à les révéler.

Son silence sur ce point ne saurait lui être reproché ultérieurement pour justifier un licenciement (cass.soc. 25 avril 1990, ass L'arbre c/ Merzoug).

Il n'en irait différemment que si l'emploi exigeait une honnêteté irréprochable (convoyeur de fonds par exemple).

L'extrait qui sera délivré sera seulement le bulletin n° 3 sur lequel ne sont pas mentionnées les condamnations avec sursis.

Certaines conventions collectives telles la CCN du personnel des banques prévoient la production systématique d'un extrait de casier judiciaire pour les candidats à l'embauche.

L'employeur n'a pas à prendre en compte :

- l'état de santé, sauf si le poste à occuper nécessite des compétences physiques particulières. Ainsi, le fait pour un candidat de dissimuler une maladie ou une infirmité incompatible avec l'existence du travail à effectuer constitue une faute justifiant un licenciement ultérieur (cass.soc. 23 février 1983, Peirani c/ Entreprise travaux et régie).

- l'appartenance ou la non appartenance à une religion (Cass. soc. 17 oct 1973 : licenciement non justifié d'un salarié qui n'avait pas révélé qu'il était prêtre),

- l'appartenance ou la non appartenance à un syndicat .L'interdiction de prise en compte de l'activité syndicale au moment de l'embauche figure à **l'article L 412-2** du Code du travail. Du coup, l'employeur ne peut pas poser une question sur l'affiliation syndicale, cette question impliquant une prise en considération de l'appartenance

syndicale (soc. 17 oct 1973, Bull.civ.V, n° 484). Jugé également par le Tribunal correctionnel d'Arras (18 mars 2003) que les termes d'une note interne exprimant dans une formulation dépourvue de la moindre ambiguïté que les jobs d'été des enfants des agents de la CPAM ne devaient pas profiter aux agents affiliés à la CGT caractérise une discrimination à l'embauche (Gaz.pal. 5 juin 2003, n° 156, p. 14).

La Cour d'Appel d'Agen a jugé récemment que la discrimination à l'embauche constitue un délit instantané et non pas une infraction continue. Il s'ensuit que le point de départ de la prescription est la prise de décision (CA Agens, 15 janv. 2004, Gaz.Pal. 5.6.2004, n° 157, p. 13).

De son côté, le candidat est tenu de répondre aux questions "**de bonne foi**". Cette obligation figure à l'article L 121-6 du Code du travail.

Le candidat est tenu de fournir un curriculum vitae exact. L'usurpation de diplôme est une faute qui justifie un licenciement. Cela peut même constituer une faute grave. A ainsi été jugé que le fait de se prétendre faussement titulaire de diplômes indispensables à l'exercice de la profession demandée pouvait être constitutif d'une faute grave. (cass. soc. 26 janvier 1983, Lubart c/ Assoc Les papillons bleus).

Mais il appartient également à l'employeur de vérifier les dires du salarié. Or, en ne le faisant pas, l'employeur commet une faute qui lui interdit de se prévaloir d'une faute grave de la part de la salariée (Cass. soc. 30 mai 1991, Carrière c/ Pharmacie Bastons-Ghibault).

Bien sûr, si l'usurpation de diplôme est découverte pendant la période d'essai, il est possible de mettre fin au contrat puisque employeur et salarié n'ont pas à donner de motif.

En 1994, la Cour de cassation a eu à juger d'une affaire dans laquelle un salarié avait fait écrire sa demande d'embauche et son CV par son épouse. Il avait été recruté au motif que l'analyse graphologique s'était révélée extrêmement positive et avait fait ressortir des qualités en rapport avec le profil du poste.

L'employeur a demandé la nullité du contrat pour dol. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

La Cour de Cassation n'a pas suivi l'employeur car il ne démontrait pas qu'en l'absence de ces manoeuvres il n'aurait pas contracté, c'est à dire que si le mari avait écrit les lettres, il n'aurait pas été embauché. (*Cass. soc. 5 octobre 1994, Dorchies c/ Sté CFITR*).

De même, le fait pour un candidat à une embauche de mentionner sur son curriculum vitae une expérience, pour une année précise, d'assistante du responsable formation d'une grande société, alors qu'il s'agissait d'un stage de quatre mois à la direction des études de cette société, ne constitue pas une manoeuvre frauduleuse qui a vicié le consentement de l'employeur dans la mesure où la mention litigieuse, si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, n'était pas constitutive d'une manoeuvre frauduleuse (*Cour de cassation, soc., 16 février 1999, Recueil Dalloz 2000, Jurisprudence p. 97*).

Le 30 mars 1999, la Cour de cassation précise encore la position : la fourniture de renseignements inexacts par le salarié lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol .

Elle ne constitue une faute susceptible de justifier un licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté (1). Cour de cassation, soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912 , Recueil Dalloz 2000, Jurisprudence p. 97

## **b - La pertinence des méthodes**

Selon l'article L. 121-7, al 2 du C.Tr. "*les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinents au*

*regard de la finalité poursuivie ».*

Sont ici directement visées toutes les techniques de recrutement dites "ésotériques".

En revanche, semblent licites les tests de logique ou d'intelligence ou les tests professionnels.

L'essai professionnel est une épreuve de courte durée permettant à l'employeur de vérifier la qualification professionnelle du candidat et son aptitude à occuper le poste. L'essai professionnel ne se confond pas avec la période d'essai. Il n'est pas réglementé. Certaines conventions collectives prévoient que l'essai professionnel est rémunéré.

Signalons que les résultats obtenus à la suite des tests doivent rester confidentiels (art. L 121-7 du C. trav.)

Si l'employeur ne respecte pas ces interdictions sur la pertinence des méthodes de recrutement, la loi n'a pas prévu de sanctions pénales. Mais le candidat peut réclamer en justice des dommages et intérêts s'il estime avoir subi un préjudice.

Par ailleurs, la jurisprudence considère qu'un candidat ne peut être sanctionné pour avoir refusé de donner des renseignements qu'il n'avait pas à fournir (Soc. 17 oct. 1973, bull.civ.V, n° 484).

Outre ces obligations générales, le législateur a également prévu des obligations particulières de transparence, d'une part à l'égard des candidats, d'autre part à l'égard des représentants du personnel.

#### - information obligatoire du candidat

Le candidat à un emploi doit être expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard (art. L. 121.7 du code du travail).

Par ailleurs, "aucune information concernant personnellement un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté à sa connaissance » (art. L 121.8).

Cette obligation de transparence n'est pas nouvelle puisque la loi "informatiques et libertés" du 6 janvier 1978 (article 25) interdisait déjà, sous peine de sanctions pénales "la collecte de données opérées par tous moyens frauduleux, déloyal ou illicite". Par exemple, filmer le candidat à son insu.

Concrètement, le cabinet de recrutement ou l'entreprise auront tout intérêt à se ménager des preuves en informant le candidat, par écrit, sur les méthodes de recrutement.

#### - information collective

Par ailleurs, afin de limiter autant que possible le recours à des méthodes suspectes à l'égard du candidat qui n'est pas en position de force pour protester, la loi du 31 décembre 1992 a obligé l'employeur à "informer préalablement à leur utilisation, le comité d'entreprise sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement, ainsi que sur toute modification de ceux-ci."(art. L 432-2-1 du C. trav.).

Cette consultation préalable et collective peut se révéler plus efficace qu'une interdiction vite contournée : face à des délégués il n'est pas certain que les chefs d'entreprise qui y avaient recours osent indiquer que certains signes astrologiques sont exclus du recrutement. Or, si le Comité d'entreprise n'est pas consulté, l'utilisation de ces techniques est désormais exclue sous peine de délit d'entrave.

Une autre nouveauté de la loi du 31 déc. 1992 réside surtout dans la mise en place d'un **droit d'alerte au profit des délégués du personnel**, inspiré de celui existant en matière d'hygiène et de sécurité du travail.

Si le délégué du personnel constate une atteinte aux droits des personnes, à leur santé

physique ou mentale, ou aux libertés individuelles, résultant par exemple de discriminations à l'embauche, il doit saisir l'employeur. Celui-ci est tenu de procéder à une enquête avec le délégué du personnel.

Dans l'hypothèse où l'employeur s'abstient, le salarié ou le délégué du personnel saisit le bureau de jugement du Conseil des Prud'hommes qui statue en formation de référé. Le Conseil des Prud'hommes peut alors faire cesser l'atteinte et prononcer une astreinte à l'encontre de l'employeur (art. L. 422-1-1 du C. trav.).

A noter que depuis 1992, les inspecteurs du travail sont autorisés à étendre leurs investigations et leur contrôle sur les méthodes de recrutement et l'utilisation de données à caractère personnel<sup>15</sup>.

### **C - Le choix du futur salarié**

L'employeur est seul juge des capacités professionnelles. La décision finale lui appartient en propre. Toutefois, cette liberté connaît certaines limites.

En application de l'article L. 122-45 modifié du code du travail "*Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme, ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail (...) en raison de son état de santé ou de son handicap.*"

L'interdiction de ces pratiques discriminatoires est formulée de façon catégorique dans plusieurs autres textes.

Ainsi, **l'article 225-1 du Code pénal** incrimine les agissements de "toute personne qui

---

<sup>15</sup> Pour un commentaire approfondi, cf. "Une loi macédonienne ? Etude critique de

*refuse d'embaucher...une personne en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son apparence physique, de son patronyme, de son état de santé, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses moeurs, « de ses orientations sexuelles, de son âge, » de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de son appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. »*

L'article L. 412-2 du C. trav. interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage..."

Mais la vigueur et la répétition de ces interdictions dissimule mal la faible portée de celles-ci. En dehors des cas tout à fait exceptionnels où un employeur révèle dans ses motivations la discrimination, il est extrêmement difficile de l'établir.

## **§ 2 - Les restrictions au libre choix de l'employeur**

### **A - Les restrictions légales**

#### **\* Les priorités d'emploi**

En premier lieu, les entreprises occupant au moins 20 salariés doivent employer un certain nombre de travailleurs handicapés, dans une proportion de 6% (art. L. 323-1 du C. trav.). La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a enrichi le Code du travail de nouvelles dispositions visant à favoriser l'accès de la personne handicapée à un emploi ordinaire. L'objectif premier du législateur est d'inciter les entreprises à préférer l'embauche d'une personne handicapée au versement de la contribution annuelle à l'agefiph (fond pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées).

En second lieu, d'anciens salariés de l'entreprise bénéficient d'une **priorité d'embauche** lorsque des emplois sont vacants ; c'est le cas :

- des salariés licenciés pour motif économique ou ayant adhéré à une convention de conversion ( art. L. 321-14 C. trav.) bénéficient d'une priorité de réembauchage pendant un an, à compter de la date de rupture de son contrat, s'il a manifesté le désir d'user de cette priorité au cours de cette année.

- sont également prioritaires les salariés qui ont résilié leur contrat de travail à l'issue du congé de maternité ou d'adoption (art. L. 122-28 C. trav.). La priorité dure pendant l'année qui suit la rupture du contrat.

- enfin, en vertu de l'art. L 212-4-9 du C. trav., les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper un emploi à temps complet (et inversement) ont priorité pour l'attribution d'un tel emploi dans l'entreprise où ils travaillent.

#### **\* Les interdictions d'emploi**

Dans quelques situations prévues par la loi ou résultant d'une clause conventionnelle, un employeur n'a pas le droit d'embaucher une personne déterminée, pourtant candidate à un emploi.

- interdiction en raison de l'âge.

En principe, un contrat de travail ne peut être conclu avec un enfant non libéré de l'obligation scolaire, c'est à dire avec un mineur de moins de 16 ans (art. L 211-1 du C. trav.).

Il existe certaines dérogations :

- + pour exercer une profession du spectacle (art. L 211-6 C; trav.),
- + pour effectuer des stages en milieu professionnel (art. L. 211-1, al. 2 et 3 C. trav.), soit
- + pour effectuer des travaux légers pendant une partie des vacances



scolaires.(art. L. 211-1 al.4). L'adolescent doit avoir plus de 14 ans et ne peut travailler plus de la moitié des vacances scolaires. Les employeurs sont tenus d'adresser une demande préalable à l'inspecteur du travail qui dispose d'un délai de 8 jours pour s'y opposer.

- interdiction en raison de la nationalité lorsque l'étranger n'est pas titulaire d'un titre de séjour.

- interdiction liée à la durée du travail.

Les dispositions légales limitent la possibilité de cumul d'emplois.

Aucun salarié des professions industrielles, commerciales ou artisanales ne peut effectuer des travaux rémunérés relevant de ces professions au-delà de la durée maximale de travail telles qu'elle ressort des lois et règlements en vigueur dans sa profession (art. L. 324-2 C. trav.) (qui est de de 48 h par semaine ou de 44 à 46 h sur 12 semaines consécutives (artL. 212-7 C.t.)

Les infractions à cette disposition sont punies d'une amende prévue pour les contraventions de 5ème classe (art. R. 362-4 du C. trav.).

La violation de ces dispositions résulte donc de l'accomplissement de travaux au-delà de la durée maximale du travail mais non de la conclusion d'un second contrat de travail (Cass. soc. 27 avril. 1989, Bull. cass. 1989-V, p. 187).

Il existe des exceptions à cette interdiction. Sans aucune limitation de temps, les salariés peuvent effectuer :

- des travaux d'ordre scientifique, littéraire ou artistique et apporter leur concours aux oeuvres d'intérêt général, notamment, d'enseignement, d'éducation ou de bienfaisance.
- des travaux effectués pour leur propre compte ou à titre gratuit sous forme d'une entraide bénévole ;
- des travaux ménagers de peu d'importance effectués chez des particuliers

- pour leurs besoins personnels ;
- des travaux d'extrême urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir des accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage (C; trav. art. R 324-4).

Quelles sont les sanctions du cumul d'emploi ?

Prendre un second emploi et le dissimuler à son employeur peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement dans la mesure où, la durée maximale du travail étant dépassée, cet emploi entraîne une fatigue supplémentaire et une baisse sensible dans la qualité du travail fourni.

Tel est le cas pour un manutentionnaire qui, employé pour une durée de travail égale à la durée maximale, occupait par ailleurs un poste de gardien de nuit dans un garage voisin (Cass. Soc. 6 déc. 1979, Bull. cass. 1979, V, 953).

Tel est encore le cas d'une employée de maison qui, du fait d'un second emploi, dépasse la durée maximale de travail prévue par la Convention collective nationale des employés de maison (Cass.soc. 4 juin 1998, AFONSO, droit social sept/oct 1998, p. 837).

Il est à noter que l'employeur ne peut licencier le salarié que s'il l'a mis au préalable en demeure de mettre fin au cumul irrégulier d'emploi (Cass. soc. 9 mai 1995, S.A. Boquet c/ Puente).

Cela nous amène à examiner les restrictions conventionnelles à la liberté de recrutement.

## **B - Les restrictions conventionnelles**

En l'absence de stipulations contractuelles particulières, le salarié est tenu pendant l'exécution de son contrat de travail d'une obligation de loyauté et de fidélité lui

imposant une règle de discrétion et lui interdisant de se livrer à des activités concurrentes.

Toutefois, l'employeur peut être tenté d'aller plus loin et exiger du salarié qu'il consacre la totalité de sa force de travail à l'entreprise.

Cela fait alors l'objet d'une clause d'exclusivité qui, selon le but poursuivi, peut avoir une portée très large et interdire au salarié l'exercice d'une quelconque activité professionnelle, salariée ou non, dans une autre entreprise ou pour son compte.

La clause d'exclusivité se distingue de la clause de non concurrence quant à sa nature et ses effets. D'une part, c'est pendant l'exécution du contrat de travail et non après sa rupture qu'elle reçoit application, d'autre part, les activités professionnelles qu'elle interdit au salarié d'exercer ne sont pas nécessairement concurrentes à celles de l'employeur.

Cette clause d'exclusivité a d'abord été admise sans réserve. Dans le cas où le salarié méconnaissait cette clause d'exclusivité et se faisait embaucher par un autre employeur, il commettait à l'encontre du premier une faute grave susceptible de justifier son licenciement. (Cass. soc. 11 juillet 1991, Thierry c/ Sté Roux ).

- Une faute grave avait été retenue par exemple à l'encontre d'un chef cuisinier dans un restaurant qui, après la fin de ses heures de travail, avait exercé à plusieurs reprises une activité professionnelle dans un petit bar géré par sa concubine en méconnaissance de la clause de son contrat de travail qui prévoyait qu'il devait consacrer tout son temps et toute son activité au service de la société qui l'employait (Cass. soc. 1er avril 1992, Lo Sui Kay c/ Ste Cyclo) ;

Il est vrai que la jurisprudence se montrait moins sévère pour les activités bénévoles. Jugé par exemple qu'une clause selon laquelle *"le salarié devra tout son temps à la bonne exécution de ses fonctions et réserver l'exclusivité de son activité professionnelle à son employeur"* n'interdit pas au salarié d'apporter une aide bénévole à l'organisation

de manifestations. Cette aide désintéressée ne peut être assimilée à une activité parallèle susceptible d'avoir une influence préjudiciable pour l'employeur (Cass. soc. 15 nov. 1984, Sté Week End Publications c/ Chauffier et Cass. soc; 5 oct. 1995, Sté Sodilandes Leclerc c/ Lafaurie)).

Mais il faudra finalement attendre l'été 2000 pour que la Cour de Cassation affirme nettement sa position à propos des clauses d'exclusivité. Certes, la Cour se prononce à l'occasion d'affaires mettant en cause des salariés à temps partiel qu'une clause met dans l'impossibilité d'exercer « à temps plein » leurs activités professionnelles et surtout de gagner normalement leur vie.

Mais par sa généralité, la formulation de l'attendu n'autorise pas à en limiter la portée aux seuls salariés à temps partiel. Désormais, quelle que soit la nature du contrat de travail, pour être opposable au salarié, la clause d'exclusivité devra répondre aux exigences requises pour toute clause de nature à restreindre l'exercice par le salarié d'une liberté fondamentale : elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tâche à accomplir.

Cette jurisprudence est désormais constante : la clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d'un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et n'est dès lors valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché (Cour de cassation, soc.25 février 2004, n° 01-43.392 (Recueil Dalloz 2004, Informations rapides p. 923 et Cass. 11 mai 2005, n\_ 03.40387)

Si la clause ne figurait pas à l'origine dans le contrat de travail, le salarié peut-il refuser l'ajout d'une telle clause ? La Cour de Cassation a répondu dans un arrêt du 7 juin 2005 (Cass.soc. 7 juin 2005, P. n° 3-42-080) : cela constitue une modification du contrat de travail qu'il est en mesure de refuser.

## Section 2 - L'échange des consentements

Le terme de la procédure de recrutement est la conclusion du contrat par l'échange des consentements.

Le contrat n'est valablement conclu que si le consentement des parties n'a été vicié ni par l'erreur, ni par le dol, ni par la violence.

L'erreur ne trouve guère à s'appliquer en la matière, et la Cour de cassation refuse de retenir la violence morale lorsque le salarié contracte sous la pression des nécessités économiques. Le dol est enfin rarement admis en matière d'embauche.

L'objet et la cause du contrat doivent être également licites.

S'agissant de **l'objet**, qui est ce à quoi on s'engage, une femme ne peut s'engager valablement à travailler pour un proxénète. Un individu ne peut s'engager à revendre de la drogue.

S'agissant de la **cause** du contrat, ce pourquoi on s'engage, est nul le contrat conclu entre un tenancier de maison de tolérance et une femme de chambre, pour illicéité de la cause. (Soc. 6 oct 1965).

Si l'une des conditions de validité du contrat fait défaut (objet ou cause illicite ou immorale, vice du consentement), le contrat est annulé mais il ne l'est pas rétroactivement (comme dans le mariage putatif).

Le salarié aura droit à ses salaires (soc 2 février 1961). Il peut exiger un certificat de travail et un bulletin de paie, voire une indemnité de préavis (soc 9 fév. 1966) et de rupture.

### § 1 – La promesse d'embauche

Lorsque son choix est fait, l'employeur notifie au candidat retenu sa décision.

La jurisprudence a considéré que lorsque l'entreprise précise dans une lettre "qu'elle s'engage à embaucher" un salarié à compter d'une date précise et pour un salaire déterminé (Cass. soc. 12 avril 1995, Péraudeau c/ Soprocart) il y a promesse d'embauche.

La rupture par l'employeur d'une promesse d'embauche a d'abord constitué une rupture abusive du contrat de travail génératrice pour le salarié d'un préjudice qui doit être réparé. (Cass. soc. 12 janv. 1989, Cie des bateaux à vapeur sur le lac d'Annecy c/ Laurence ; Cass. soc. 5 déc. 1989, Sovatem c/ Hug ; Cass. soc. 2 mars 1993, Sogemat c/ Larrieule).

Les dommages et intérêts étaient d'autant plus élevés que le préjudice était important ; tel est le cas lorsque le salarié a démissionné de son emploi précédent et a déménagé (CA Paris 6 juillet 1995, Aldfield, R.Dalloz 1995, IR p. 210).

La jp a également convenu que salarié pouvait obtenir une indemnité compensatrice de préavis; cela bien que le contrat ait été résilié avant même d'avoir pris effet. (Cass. soc. 12 déc. 1983, Sté Petitjean et Cie c/ Girardey et soc 12 janvier 1989 Cie des bateaux à vapeur du lac d'Annecy).

C'est dans un arrêt du 2 févr. 1999, la Cour de cassation va énoncé que la rupture d'une promesse d'embauche équivaut à un licenciement, peu important que le contrat de travail n'ait pas commencé à être exécuté (V. Cass. soc., , D. 1999, IR p. 68).

Un tel raisonnement permet ainsi au candidat devenu salarié d'obtenir, en sus de dommages-intérêts, les indemnités de préavis et de congés payés afférents.).

La cour de cassation réaffirme sa position dans un arrêt du 4 décembre 2001. En l'espèce les juges du fond avaient constaté que le salarié avait reçu une lettre à la suite de laquelle il avait démissionné de ses précédentes fonctions. Il ne fait aucun doute pour les juges que cette lettre confirmant au salarié la proposition d'emploi et précisant le lieu de travail ainsi que la rémunération constitue la confirmation écrite d'un

engagement verbal n'appelant pas de confirmation de la part du salarié.(Cour de cassation, soc., 4 décembre 2001, n° 99-43.324 (n° 5032 FS-P), Recueil Dalloz 2002, Informations rapides p. 135).Elle en déduit qu'un contrat de travail a bien été formé entre les parties.

En d'autres termes, une offre de travail précise, ferme et non conditionnelle adressée à un candidat déterminé peut former un contrat de travail sans qu'il soit nécessaire pour ce dernier de manifester son consentement. La Chambre sociale considère que, 'une part, que la participation à une sélection de candidats équivaut à l'accord du salarié ou à sa volonté de conclure et que, d'autre part, la décision de l'employeur de le retenir qui fait le contrat de travail.

Ainsi, le contrat a été formé entre les parties lors de la réception par le candidat de la lettre contenant la confirmation de la proposition d'emploi et précisant le lieu de travail ainsi que la rémunération et n'appelant pas de confirmation de la part du candidat.

La Cour de Cassation tient le même raisonnement à propos d'un contrat à durée déterminée, dans un arrêt du 26 septembre 2002 (Cour de cassation, n° 00-42.581 soc., Recueil Dalloz 2003, Sommaires commentés p. 1223) dans lequel l'employeur, qui avait rompu le contrat avant le commencement d'exécution, arguait d'une période d'essai légale de deux jours. La Cour conclut à la rupture fautive de la part de l'employeur. (pour les CDD, cf également Cass.soc. 12 mars 2002, n° 977, Detmers, RJS 6/02 n° 659.

Le tribunal compétent est le conseil des prud'hommes (cass. soc. 9 oct. 1968).

## **§ 2 - La conclusion du contrat de travail**

Le principe posé par l'article L. 121-5 est que le contrat de travail est conclu sans limitation de durée.

On sait cependant que le salarié n'a pas vocation à faire toute sa carrière dans la même entreprise.

### **A - La nécessité d'un écrit**

Depuis le 1er juillet 1993, toute relation de travail devrait être formalisée par écrit.

En effet, le 14 octobre 1991 a été adoptée, par le Conseil des Communautés européennes, une directive "relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail".

Celle-ci fait obligation aux Etats membres d'adopter, avant le 1er juillet 1993, les mesures nécessaires pour sa mise en application ou de s'assurer que les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord (directive n° 91/533/CEE J.O.C.E 18 oct. 1991, art. 9.).

La directive fait obligation à l'employeur de remettre au salarié, lié par un C.D.I. ou C.D.D. les informations suivantes :

- l'identité des parties,
- le lieu de travail,
- le titre, le grade, la qualité, la catégorie d'emploi, la caractérisation ou la description sommaire du travail,
- la date de début du contrat,
- la durée des congés payés ou les modalités d'attribution ou de détermination de ces congés
- la durée des délais de préavis en cas de cessation du contrat



- le montant et la périodicité de la rémunération,
- la durée journalière et hebdomadaire du travail,
- la convention collective ou les accords collectifs applicables.

Les informations peuvent être contenues soit dans un contrat de travail écrit, soit dans une lettre d'engagement, soit dans un ou plusieurs documents écrits.

La remise de ces écrits doit être faite au plus tard 2 mois après le début du travail et toute modification d'un des éléments ci-dessus doit faire l'objet d'un avenant au plus tard un mois après la prise d'effet de celui-ci.

L'Etat français n'a pas jugé nécessaire de modifier sensiblement sa législation interne considérant qu'une telle information était réalisée par certains documents remis aux salariés. C'est la raison pour laquelle le législateur s'est contenté d'ajustements sommaires.

En particulier, la loi du 31 décembre 1992 a renforcé l'information du salarié en généralisant l'obligation d'effectuer une déclaration préalable à l'embauche qui, depuis 1998 est effectuée sous forme de document unique (le décret n° 98-252 du 1<sup>er</sup> avril 1998 impose d'effectuer sur un support unique, dénommé « déclaration unique d'embauche » neuf déclarations et demandes prévues par différentes dispositions ). (art L. 320-1 et R 320-1 et svts).

Cependant, le contenu de cette déclaration est loin d'atteindre les objectifs fixés par la directive européenne et se contente de renseignements relatifs à l'identification des parties au contrat et à la date de sa conclusion (art. R 320-2 et R 320-5).

Ainsi, notre législation nationale semblait n'assurer qu'imparfaitement la transposition des dispositions de la directive.

Le Ministre du travail a réfuté ces accusations en faisant observer que le bulletin de paie fournissait les informations supplémentaires exigées par la directive.

La bulletin de paie apparaît donc comme le document normatif le plus précis dont dispose le salarié.

En effet si l'on croise la déclaration préalable à l'embauche et le bulletin de paie, dont le contenu est fixé par l'article R. 143-2 , force est de constater que les informations prévues par la directive sont pratiquement toutes réunies.

En outre, l'article L. 135-7-II du Code du travail énonce que « au moment de l'embauche, le salarié reçoit de l'employeur une notice d'information relative aux textes conventionnels applicables dans l'établissement ». Il semblerait qu'il s'agisse ici simplement de l'intitulé des textes.

En outre, toujours selon cette disposition, l'employeur, lié par une convention ou un accord collectif de travail doit fournir un exemplaire de ce texte aux représentants du personnel et aux délégués syndicaux. Il doit tenir un exemplaire à la disposition du personnel et un avis est affiché à ce sujet. Si l'entreprise dispose d'un intranet, l'employeur doit mettre la convention et les accords sur le site. Le défaut d'information sur le dispositif convention cause un préjudice au salarié comme l'a précisé un arrêt du 19 mai 2004.

A noter que, lorsque l'employeur mentionne une convention de branche dans le bulletin de paie, cela emporte application de la convention pour les salariés. L'employeur ne peut contester son application au motif qu'il n'est pas soumis à cette convention qui a été mentionnée par erreur sur le bulletin de salaire (soc 18 novembre 1998, Sté hotelière cognacaise qui invoque la directive communautaire).

En outre, l'indication d'une convention collective dans le contrat de travail ne saurait interdire au salarié d'exiger l'application de la convention à laquelle l'employeur est assujetti compte tenu de son activité principale, dès lors que celle-ci lui est plus favorable (Cour de cassation, soc.18 juillet 2000, n° 98-42.949, Recueil Dalloz 2001, Jurisprudence p. 1201)

Signalons enfin que le législateur a imposé des règles de rédaction du contrat de travail en ce qui concerne la langue. Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction peut être demandée par le salarié. En cas de discordance entre les deux textes, seul le contrat rédigé dans la langue du salarié peut être invoqué contre lui. (art. L. 121-1).

## **B - Les formalités liées à l'embauche.**

### **- Avant l'embauche**

\* Afin de lutter contre le travail clandestin, la loi du 31 décembre 1992 a obligé tous les employeurs, quel que soit l'effectif de l'entreprise et sa forme juridique, à adresser à l'URSSAF (dont le salarié relève pour la couverture maladie) une déclaration préalable à l'embauche (art. L 320 C. trav.).

Mais pour éviter toute paperasserie aussi dissuasive qu'inutile, la loi a prévu que cette déclaration pouvait se faire non seulement par écrit (LRAR au plus tard la veille de l'embauche) mais également par minitel, internet ou télécopie (dans les 8 jours précédant la date prévisible de celle-ci).

Dans les 5 jours de la réception, l'URSSAF adresse à l'employeur un document valant preuve de la déclaration (art. R. 320-4).

L'employeur doit donner un exemplaire de ce document au salarié. Cette obligation est considérée comme étant satisfaite lorsque le salarié dispose d'un contrat de travail écrit, accompagné de la mention de l'organisme destinataire de la déclaration préalable à l'embauche.

En cas de contrôle, (inspection du travail ou organismes de Sécurité sociale) l'employeur ne pourra plus prétendre que le salarié n'est là que depuis le matin, et qu'il n'a pas eu le temps de lui faire un contrat.

- **Après l'embauche**, trois formalités sont à accomplir.

\* la tenue d'un registre unique du personnel est obligatoire. On doit y faire figurer les noms des salariés, l'emploi et la qualification, les dates d'entrée et de sortie. (art. L 620-3 du C. trav.) Le non respect de cette formalité est sanctionné pénalement. Certains salariés font l'objet de mentions particulières (apprentis, travailleurs à temps partiels, travailleurs temporaires, travailleurs étrangers (art. R. 620-3 d C. trav.). Il est à noter que ce registre peut être remplacé par un fichier informatique.

Les entreprises et établissements occupant au moins 50 salariés doivent adresser, dans les 8 premiers jours de chaque mois, au directeur départemental du travail et de la main d'oeuvre, le relevé des contrats de travail conclus ou résiliés au cours du mois précédent (art. L.320-1 et R. 320-1-1 C. trav.).

La déclaration peut être réalisée sur un imprimé administratif que les entreprises peuvent se procurer auprès de la direction départementale du travail et de la main d'oeuvre dont elles relèvent.

\* le salarié devra faire l'objet d'un examen médical d'aptitude avant son embauche ou au plus tard à l'expiration de la période d'essai. (Art.R. 241-48 C. trav.) Cette visite a pour but de vérifier :

- qu'il est médicalement apte à assurer son travail
- qu'il n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs,
- de lui proposer éventuellement des adaptations en fonction de son état de santé.

La fiche d'aptitude transmise à l'employeur ne doit comporter qu'un avis général sur l'aptitude du salarié à occuper le poste. L'indication de l'état de grossesse ne doit pas y figurer.

Le temps nécessaire pour les examens médicaux ainsi que les frais de transport sont pris en charge par l'employeur.

Les infractions relatives à la médecine du travail sont sanctionnées pénalement (art. L

264-1 C. trav.).

Un employeur a été condamné à ce titre alors même qu'il avait convoqué le salarié par deux fois à une visite médicale d'embauche, mais que le salarié avait négligé de s'y rendre. (cass. crim. 4 mai 1976).

\* En cas d'embauche d'une personne inscrite comme demandeur d'emploi à l'ANPE, l'employeur doit, dans les 48 heures suivant l'embauche, en informer l'agence dont il relève.

Cette information est transmise par un document fourni par l'ANPE au demandeur d'emploi, document que celui-ci est tenu de remettre à son employeur. La date d'embauche doit y figurer.

L'omission de cette formalité est punie d'une peine d'amende.

## CHAPITRE 3 – LE CONTENU DU CONTRAT

### Section 1 : L'engagement à l'essai

La période d'essai a pour objet de permettre à chacune des parties, employeur et salarié, d'apprécier l'opportunité de poursuivre le contrat de travail. Cette finalité justifie une certaine souplesse de la relation contractuelle puisque les deux parties peuvent mettre un terme au contrat sans avoir à donner les raisons de la rupture.

Aussi les règles du licenciement ne s'appliquent pas à la période d'essai. L'employeur n'est tenu par aucune condition de forme et de délai (absence de préavis).

L'essai est une période probatoire se situant au commencement de l'exécution du contrat de travail pendant laquelle l'employeur et le salarié peuvent apprécier concrètement si le contrat leur convient. L'engagement à l'essai est très fréquent en pratique. La période d'essai ne se confond pas avec l'essai professionnel.

Une cour d'appel qui constate qu'un chauffeur de car, engagé par un contrat à durée déterminée de retour à l'emploi, du 2 mars au 30 novembre, n'a conduit un car de l'entreprise destiné au transport d'élèves que vide de passager, en présence du chauffeur habituel et ceci pendant quelques heures seulement au cours des mois de janvier et février, peut décider que ces prestations, qui ont été rémunérées, constituent un test professionnel et non une période de travail impliquant que l'intéressé soit placé dans des conditions normales d'emploi (Cour de cassation, soc., 4 janvier 2000, n° 97-41.154 (n° 31 P+F) Recueil Dalloz 2000, Informations rapides p. 27)

Si le Code du travail ne réglemente pas l'essai, il en reconnaît implicitement la licéité. La loi du 31 juillet 1973 relative à la résiliation du contrat de travail précise que les règles de la résiliation ne sont pas applicables pendant la période d'essai. (art. L 122-4 du Code du travail).

La licéité des clauses d'essai est expressément affirmée par la législateur lorsque

celles-ci sont insérées dans un CDD (art. L. 122-3-2), dans un contrat d'apprentissage (art. L. 117-17) ou dans un contrat conclu avec un VRP (art. L 751-6).

Une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et ne peut être instituée par un usage. Cass, soc.23 novembre 1999, n° 97-43.022; Recueil Dalloz 2000, Jurisprudence p. 682, C

## § 1 - détermination de la période d'essai

En principe, tout contrat de travail est conclu à titre définitif. La période d'essai apparaît donc comme une exception. Cela signifie qu'elle ne se présume pas et doit être prouvée (soc 30 novembre 1991, juris n° 1558, audijuris n°15/16, p. 57).

En pratique, la période d'essai ne peut résulter que :

- d'une disposition expresse du contrat de travail,
- d'une disposition de la convention collective imposant une période d'essai et non se bornant simplement à en envisager la possibilité.

- S'agissant de la période d'essai prévue par la convention collective, plusieurs situations doivent être distinguées :

1er cas : La convention collective se contente de fixer la durée de la période d'essai mais ne l'impose pas.

ex "pour les ouvrier la période d'essai est d'un mois".

Une telle clause n'implique pas que tout engagement comporte une période d'essai. Si le contrat individuel ou la lettre d'engagement ne fait aucune allusion à la période d'essai, on doit en conclure qu'employeur et salarié y ont renoncé et que le salarié a été engagé définitivement. (Cass. soc. 17 janv. 1985, Sté du Casino de Gosier les Bains c/ Bonnet Soc 15 novembre 1989, Audy c/ Goulet, Bull. 89 V n661 ; soc 18 mars 1992, CRJIA c/ Petit Bull. 92, V, n° 190 ; Cass. soc. 20 mai 1992, Nicaise c/ Pestre).).

Se référer purement et simplement à la convention collective dans le contrat de travail ne suffit pas à apporter la preuve que les parties ont entendu convenir d'une période

d'essai.

### 2ème cas : La convention collective impose une période d'essai

En principe, dès l'instant où la convention collective impose une période d'essai, le salarié est supposé être embauché d'office à l'essai sans qu'il soit nécessaire de faire mention de cet essai dans le contrat de travail (Cass. soc 25 oct. 1989, Dancette c/ Union Flavienne ; Cass. soc. 2 juil. 1992, Ste OCS Conseils c/ Blum ).

Si la convention collective précise expressément que tout contrat de travail comporte une période d'essai on considère qu'une période d'essai précède forcément l'engagement définitif. (Cass. soc. 22 juin 1994, Larrey c/ Sté MEB ; 5 janv. 1995 , Sté Veissière c/ Cordier et cass. Soc. 29 mars 1995, D 1996, j. P. 127, note Pignarre).

Il s'agit d'une dérogation à la loi défavorable aux salariés, la loi ne prévoyant qu'un essai facultatif.

Encore faut-il, dans le cas où la convention collective impose une période d'essai que toutes les règles du jeu prévues par elle aient été suivies.

Ainsi, si la convention collective prévoit que "chaque engagement est confirmé par une lettre ou contrat d'engagement conforme à un certain modèle" et que cette condition n'a pas été remplie, la période d'essai ne s'applique pas. (Cass. soc. 8 avril 1992, S.A. Métairie c/ Brunet-Beaume).

En tout état de cause, l'employeur ne peut se prévaloir de la période d'essai imposée par la convention collective que si le salarié a été informé de l'existence de la convention collective au moment de son engagement (Cass. soc. 29 mars 1995, Sté Pierre Ucko C/ Perrin ; Cass. soc. 6 juil. 1994, Menut c/ Sté Space Vidéo).

En cas d'absence de contrat de travail écrit, l'employeur ne peut se prévaloir de l'existence d'une période d'essai que si celle-ci est instituée de façon obligatoire par la convention collective, si la disposition conventionnelle se suffit à elle-même, et si le



salarié a été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance (Cass, soc.25 mars 1998, n° 96-40.496 , Recueil Dalloz 1998, Informations rapides p. 107)

Il importera donc que la convention collective soit accessible sur les lieux de l'entreprise.

Il y a lieu de préciser que, même en cas de convention collective prévoyant une période d'essai obligatoire, le contrat de travail peut prévoir qu'elle ne sera pas applicable.

## **§ 2 - durée de la période d'essai**

Employeur et salarié fixent librement la durée de la période d'essai dans le contrat de travail, sous réserve de respecter :

- **les dispositions légales** : la loi fixe une durée maximale pour les les VRP (article L 751-6 du Code du travail) , les apprentis, les contrats de travail temporaires et les CDD (art L. 122-3-2).

Signalons que l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » prévoit que le contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié pendant 2 ans (cf Chap. 3).

En outre, les périodes travaillées sous forme de CDD peuvent être déduites de l'essai lorsque le salarié est embauché lorsque le salarié est embauché sous CDI (art. L. 122-3-10 C.t.). Il faut qu'il s'agisse du même emploi.

### **- les dispositions conventionnelles.**

Nombre de conventions collectives prévoient une période d'essai qui varie en fonction des catégories professionnelles :+

- ouvrier : 1 à 2 semaines

- employé : 1 mois
- technicien et agent de maîtrise : 2 mois
- cadre : 3 mois
- cadre supérieur : 6 mois

Bien sûr, la convention collective prévoit une durée maximum qui peut être réduite par voie contractuelle.

Si l'employeur dépasse la durée maximum prévue par la convention collective, la jurisprudence estime qu'il y a lieu, non pas d'annuler la clause litigieuse, mais tout simplement de la réduire à la durée conventionnelle prévue (soc 4 avril 1979, Bull 79, V, n° 321).

En l'absence de telles dispositions, la liberté des parties est toute relative : la période d'essai ne doit pas être d'une "durée excessive" et doit être justifiée au regard des fonctions que le salarié est appelé à remplir et de son expérience professionnelle.

C'est bien évidemment l'employeur qui fixera cette durée, sous réserve de l'abus de droit. En d'autres termes, il ne devra pas fixer un délai disproportionné avec le poste considéré.

Ainsi, serait excessive une période d'essai de 6 mois pour un poste de sténodactylo (soc 21 nov 1977, Bull. 77, V, n° 727) .

De même sera considéré comme excessif un délai de trois mois pour un livreur (soc. 9 juin 1988, Bull. 88, V, n° 348).

(De même, à propos d'une période d'essai de 6 mois renouvelée une fois, alors que le salarié bénéficiait déjà d'une expérience professionnelle solide cf Cass. Soc. 24 oct. 1995, Sté SDR Tofinso c/ Xéridat).

## **A - début de la période d'essai**

En principe, la période d'essai commence au jour où le salarié entre dans l'entreprise.

Cependant la règle de la concomitance entre la période d'essai et le début du contrat n'a pas toujours été absolue. En effet, il a d'abord été jugé que, lorsque la convention collective ne l'interdit pas, il est possible, en cas de promotion ou de changement d'emploi d'imposer une nouvelle période d'essai au salarié auquel cette promotion ou ce nouvel emploi est proposé.

Ainsi, il a été jugé qu'une période d'essai de 3 mois pour un salarié qui était investi de nouvelles fonctions "était justifié du fait que celle-ci étaient différentes de celles assurée jusqu'alors par l'intéressé (soc 17 mai 1982, Remazeilles c/ Sepromec ; soc 28 juin 1989, Démote c/ CCE Banque de France, Rec. Dalloz, 24 mai 1990, p. 297, note J. Mouly).

Dans ces affaires, la Cour de cassation avait fondé ses solutions sur le caractère nouveau des fonctions exercées par le salarié.

Au surplus, elle avait admis que l'employeur puisse faire jouer la règle de l'essai jusqu'au bout, c'est à dire jusqu'à la rupture sans préavis ni indemnité. Solution justifié aux yeux de la Cour par la **novation** du contrat de travail à laquelle le salarié a librement consenti <sup>16</sup>.

La Cour de Cassation a modifié sa position en 1997. Dans deux arrêt du 25 février 1997, elle affirme en effet que la période d'essai se situe au commencement de l'exécution du contrat de travail et que les parties ne peuvent convenir de différer le début de l'essai (soc.25 fev 1997).

Le premier arrêt, l'**arrêt Boydron** (V. Cass. soc., 25 févr. 1997, D. 1997, Jur. p. 426, note J. Mouly ). prend donc nettement position pour l'interdiction des périodes d'essai en cours de contrat.

---

<sup>16</sup> "quelle que soit la nature des liens juridiques ayant existé entre les parties à la date de la signature de l'engagement à durée indéterminée, il ne leur était pas interdit de convenir d'une période d'essai dans le cadre de la novation de leurs rapports contractuels" (soc 17 mars 1993, cahiers sociaux 1993, A30 ; soc 26 fév. 1988, D. 1989, 202, note J. Mouly). La novation exigeant un seuil minimum de nouveauté, elle ne devait pouvoir être utilisée que lorsque est établi un changement radical des fonctions justifiant l'extinction du premier contrat et la naissance d'un nouveau contrat.

En l'espèce, il s'agissait d'un salarié embauché en qualité de directeur de magasin. Cependant, l'immeuble n'étant pas achevé, il avait eu pour mission préalablement de surveiller l'achèvement des travaux. La période d'essai avait donc été différée au moment de l'entrée en fonction de directeur du magasin.

En dépit de ces circonstances particulières, la Cour suprême a estimé que les parties ne pouvaient convenir de différer le point de départ de la période d'essai.

Dans le second arrêt (Parlier) rendu le même jour, la cour de cassation énonce que "la seule circonstance que l'employeur ait imposé au salarié en début de contrat de participer à un séminaire de formation professionnelle ne peut avoir eu pour effet de différer le point de départ de l'essai".

Un arrêt de la Cour de Cassation du 28 juin 2000 a encore précisé que lorsqu'une période d'essai est stipulée postérieurement au commencement de l'exécution du contrat, la durée ainsi exécutée est déduite de cette période d'essai (Cour de cassation, soc, 28 juin 2000, n° 98-45.349 (Recueil Dalloz 2000, Informations rapides p. 202). Cette solution est confirmée dans un arrêt du 9 juillet 2003 (semaine sociale Lamy, n° 1132, p. 15).

Prenons l'exemple d'un salarié embauché le 1<sup>er</sup> janvier et qui commence par une formation de 1 mois. Si l'employeur lui impose une période d'essai de 1 mois qu'il situe à partir du 1<sup>er</sup> février. Dans ce cas, la période de formation sera déduite de l'essai. Sa période d'essai s'achèvera donc le 31 janvier et non le 28 février.

La Cour de Cassation vient de fixer définitivement sa jurisprudence avec trois arrêts rendus le 30 mars 2005 (n° 02-46 103, n° 02 46 338 et 03 41 797).. A cette occasion, la Cour de Cassation va proscrire définitivement la technique consistant à conclure un nouveau contrat à l'occasion d'un changement de fonctions, pour justifier une nouvelle période d'essai. Seule une période probatoire est permise .

La Cour précise que, :

- d'une part, un salarié ne peut valablement renoncer, pendant la durée du

contrat, par avance, au droit de se prévaloir des règles légales de licenciement ;

- d'autre part en présence de deux contrats de travail successifs, entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second s'analyse en une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions précédentes.

## **B - date d'achèvement de la période d'essai**

La Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de juger qu'en période d'essai, la rupture pouvait intervenir jusqu'au dernier moment (soc 25 octobre 1995. Chirurgien dentiste embauché par une mutuelle. Son contrat prévoit une période d'essai de 6 mois renouvelable une fois. Il est remercié la veille de l'échéance. La Cour de cassation a considéré que cela ne suffisait pas à établir un abus).

Cela étant, dans la plupart des cas, la durée de l'essai est précisée en termes de délai (1 mois, 2 mois, 6 mois etc...) et non pas de date à date.

On serait donc tenté d'appliquer les règles de computation des délais établies par l'article 641 alinéa 2 du Code de procédure civile, à savoir qu'un délai se termine le même quantième que celui du premier jour ayant fait courir le délai. (Ex délai d'un mois à partir du 20 mars = 20 avril minuit).

Or, en matière sociale, les principes sont différents puisque le délai s'achève la veille. Ex un essai de 1 mois débutant le 20 avril se terminera le 19 mai au soir.

Il n'en irait différemment que si l'employeur avait pris le soin de fixer avec précision le dernier jour de la période d'essai.(essai du 20 avril au 20 mai).

Cette différence d'interprétation d'avec les règles de procédure s'explique par le caractère protecteur du droit social.

De même, lorsque le dernier jour de l'essai se termine un jour férié, il n'est pas reporté au prochain jour ouvrable .

Pendant longtemps, la Cour de Cassation a considéré que la rupture devait être portée à la connaissance du salarié avant l'expiration de la période d'essai . Elle privilégiait donc la date à laquelle le salarié avait été informé. Par conséquent si la lettre était notifiée pendant la période d'essai mais qu'elle parvenait au salarié une fois cette période expirée, ; la rupture était censée être intervenue au moment de la présentation de la lettre, donc hors période d'essai. L'employeur se trouvait alors soumis aux règles du licenciement de sorte que, faute de motivation, la rupture se trouvait dépourvue de cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 16 nov. 1993, Balthazard c/ assoc. Marie-Thérèse et Cass. soc 20 novembre 1996, Audijuris n° 73, mars 1997, p. 5 et Cass.soc. 17 oct. 2000, n) 98-42.581).).

Dans un arrêt du 11 mai 2005 (Cass.soc. 11 mai 2005, n° 03-40.650) la Cour avait à connaître d'une lettre de rupture qui avait été envoyée juste avant la fin de la période d'essai, mais était parvenue après l'expiration de cette période au domicile du salarié. La Cour précise à cette occasion que « la rupture d'un contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture ». Ce n'est donc plus l'information du salarié mais l'expression de la volonté de l'employeur qui sert de référence. (Cass.soc. 26.9.2006, n° 05 44 670).

### **§ 3 - Statut du salarié pendant l'essai**

Quel est le statut du salarié en cas d'absence en raison d'une maladie, d'un accident du travail ou en cas de maternité ?

#### **A - maladie pendant la période d'essai**

Si un salarié est tombé malade au cours de la période d'essai, il n'y a aucune obligation, pour l'employeur de prolonger l'essai d'un temps égal à la durée de

l'absence du salarié.

S'il considère que les résultats obtenus ne sont pas concluants, l'employeur a la possibilité de mettre fin à l'essai. En revanche, l'employeur ne peut écarter le salarié uniquement en raison de ses problèmes de santé (Cass.soc. 16.2.2005).

Si l'employeur décide de prolonger la période d'essai, la durée de la prolongation doit être strictement égale à la durée de l'absence (Cass. soc. 4 fév. 1988, Sté Métallurgique de Fontaine française c/ Grandjean).

La prolongation de la période d'essai d'une durée égale à celle de l'absence peut entraîner le dépassement des durées légales prévues par le Code du travail. Ainsi pour le contrat d'apprentissage. Le délai de deux mois prévu par l'art. L. 117-17 c. trav., permettant à l'une ou l'autre des parties de résilier sans motif le contrat d'apprentissage, est suspendu pendant les périodes d'absence pour maladie de l'apprenti. (Cour de cassation, soc.16 mars 2004, n° 01-44.456 ; Recueil Dalloz 2004, Informations rapides p. 921) (Pour les VRP, cf,Cass. soc. 23 oct. 1991, Pluchino c/ SNCLHN laboratoires Fapap).

## **B - accident du travail pendant la période d'essai**

Lorsqu'un salarié est victime d'un accident du travail au cours de la période d'essai, la période d'essai est automatiquement prolongée pendant tout le temps nécessaire au rétablissement du salarié.

Les dispositions protectrices des accidentés du travail (art. L. 122-32-5, L. 122-32-6 et L. 122-32-7 c. trav.) sont applicables au cas du salarié victime d'un accident du travail pendant la période d'essai. (Cass. soc.,25 février 1997, Oliviero, Recueil Dalloz 1997, Informations rapides p. 75). Ainsi, la résiliation du contrat de travail pendant la période de suspension provoquée par un accident du travail est nulle si elle intervient pendant

la période d'essai. (Cass. soc., 5 juin 1990, Subra, Recueil Dalloz 1990, Informations rapides p. 159).

En outre, à l'issue de la suspension, le salarié doit retrouver un emploi dans l'entreprise, quitte à ce que l'employeur s'acquitte à son égard de son obligation de reclassement (Cass.soc. 25 fev. 1997, JCP 1997, ed ; E, Iç !ç, note Lachaise).

### **C - Maternité et période d'essai**

Peut-on mettre fin à la période d'essai d'une salariée enceinte ?

Il est interdit à un employeur de prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher ou résilier son contrat de travail au cours de la période d'essai (art. L. 122- 25 du C. trav.)

Mais pour la salariée, il serait bien difficile de prouver que l'employeur a arrêté sa décision en considération de son état de grossesse. D'autant plus qu'en cas de rupture d'une période d'essai, l'employeur n'a pas à donner de motif.

Aussi le Code du travail prévoit-il que :

- en cas de litige l'employeur est tenu de communiquer aux juges tous les éléments de nature à justifier sa décision ;
- si un doute subsiste, il profite à la salariée en état de grossesse (C. trav. art. L 122-25).

Un employeur qui mettrait fin à la période d'essai d'une salariée alors que celle-ci est enceinte agirait donc à ses risques et périls.



## **§ 4 - le renouvellement d'une période d'essai**

Dans quelle mesure employeur et salarié peuvent-ils prolonger la période d'essai qui précède l'engagement définitif.

### **A - En présence d'une disposition légale fixant une durée maximale à la période d'essai**

La loi fixe un maximum pour les apprentis, les travailleurs temporaires, la salariés sous CDD, les VRP.

Dans ces cas, toute prolongation au delà de la durée légale -même demandée par le salarié- est interdite (cass. Soc. 11 juin 1987, Lesaulnier c/ Association Belle étoile à propos de salarié sous CDD ; Cass. soc. 5 fév. 1992, Lepinat c/ Sté I.D.M., à propos d'un VRP).

### **B - renouvellement en présence de dispositions conventionnelles**

#### **1e cas : la convention collective n'envisage pas de renouvellement.**

Impossible dans ce cas de renouveler la période d'essai. Employeur et salarié ne peuvent même pas prévoir un tel renouvellement dans le contrat de travail. Une telle clause moins favorable que la disposition conventionnelle serait nulle.(cass. soc. 30 mars 1995, Sté Europa discount Rhône -Alpes c/ Pradon).

**2ème cas : la convention collective interdit purement et simplement le renouvellement de la période d'essai** : employeur et salarié ne peuvent passer outre (Cass. soc. 7 nov. 1995, Thévenot c/ Sté Les Moulins d'Orthez).

**3ème cas : la convention collective limite la prolongation de la période d'essai.** ex la convention fixe la durée de l'essai à un mois, et peut être prolongée d'un mois. Dans ce cas, les parties ne peuvent y déroger en fixant une prolongation de 3 mois

(Cass. soc. 23 janv. 1992, Cailler c/ S.A. Jouvin).

**4ème cas** : si des formes sont été prévues pour prolonger la période d'essai (notification écrite, énonciation des motifs de la reconduction, délai de prévenance pour la reconduction) il est impératif de les respecter.

Sinon toute rupture notifiée au cours d'une période d'essai renouvelée sans respect du formalisme serait considérée comme un licenciement (Cass. soc. 31 janv. 1995, Cullaz c/ UDAF).

### **C - renouvellement de la période d'essai en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles**

Employeur et salarié peuvent convenir d'un renouvellement de la période d'essai si les conditions suivantes sont réunies :

- le renouvellement doit résulter d'une volonté non équivoque des parties ; accord qu'il convient de consigner par écrit.

En effet, l'acceptation par le salarié de la prolongation de la période d'essai ne peut résulter de la seule poursuite du travail. Si un salarié continue à travailler sans formuler la moindre réserve après que la décision de renouvellement de la période d'essai lui ait été notifiée, cela ne signifiera pas pour autant qu'il l'a acceptée implicitement (cass. soc. 7 fév. 1990, Aw Ticliane c/ sté Paris Centre Voyages). Les parties ne peuvent convenir d'un renouvellement ou d'une prolongation tacite de la période d'essai (Cour de cassation, soc. 10 janvier 2001, Furlotti ; Recueil Dalloz 2001, Informations rapides p. 428)

**“Le renouvellement de la période d’essai ne peut résulter que d’un accord exprès des parties intervenu au cours de la période initiale «** (soc. 23 janvier 1997, Libessart c/Lilper, Audijuris n° 80, Novembre 1997, p. 21)

Le renouvellement doit répondre à une nécessité professionnelle : il doit s'agir vraiment

de tester les qualités du salarié. (pour un exemple de prolongation ne répondant pas aux nécessités professionnelles à propos d'une secrétaire Cass.soc. 28 fév 1990, Base de loisirs de Jablines c/ Mabilieu).

Si, aux termes du contrat de travail, la période d'essai n'était renouvelable qu'une seule fois, la période d'essai ne peut valablement faire l'objet d'un second renouvellement même avec l'accord du salarié (Cass.soc. 6 avril 1999, Fillinger).

### **§ 5 -Rupture la période d'essai**

La rupture d'une période d'essai par l'employeur peut-elle être abusive et ouvrir droit à des dommages-intérêts ?

Chacun est libre de rompre la période d'essai sans donner de motif et sans verser d'indemnités. Tel est la règle.

Une règle qui souffre quelques exceptions cependant. La rupture des relations de travail pendant la période d'essai peut être abusive et ouvrir droit à des dommages-intérêts au profit du salarié si :

- elle est prononcée pour un motif illicite : par exemple, une jeune fille est brutalement renvoyée car elle n'avait pas prévenu qu'elle était fiancée (cass. soc. 17 mars 1971, Bull. cass. 1971-V-216)

- elle révèle un détournement de pouvoir : la période d'essai était en l'espèce utilisée pour assurer l'intérim d'un poste dans l'attente d'un remplaçant (Cass. soc. 22 fév. 1979, bull. cass. 1979, V; 167)

- l'intention de l'employeur était dès l'origine de limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai (Cass. soc. 5 oct. 1993; OPAC c/ Sadoun;

- l'employeur a agi avec une précipitation inhabituelle pour interrompre la période d'essai et le salarié n'a pas pu, en raison des difficultés matérielles rencontrées, pendant la brève période ayant précédé la rupture, donner la preuve de sa capacité (Cass. soc. 2 fév. 1994, Sté Craeye c/ Foucault).

- elle est prononcée pour un motif dont l'employeur avait eu connaissance entre la date d'embauche et le début de la période d'essai (Cass. soc. 27 nov. 1990, fédération Dauphiné Vivarais du Crédit mutuel c/ Trigano).

- elle est révélatrice d'un abus de droit. (CA de Paris, 24 mars 1999, Recueil Dalloz 1999, Informations rapides p. 141) ; Tel est le cas lorsque le directeur commercial s'est rendu coupable de harcèlement sexuel et qu'il a été mis fin à la période d'essai de la salarié après deux jours seulement dans l'entreprise.

- elle est révélatrice d'une discrimination. Tel était le cas dans une affaire jugée par la Cour de Cassation le février 2005. En l'espèce, le salarié avait été embauché avec une période d'essai de 3 mois. Il était tombé malade au bout de 2 mois et l'employeur l'avait informé que la période d'essai était suspendue pendant l'arrêt de travail et qu'elle recommencerait à courir dès son retour. A son retour, il a été mis fin à la période d'essai au bout de 2 jour.

La Cour de Cassation soutient la Cour d'appel qui avait constaté que l'employeur avait manifestement souhaité écarter un salarié en raison de ses récents problèmes de santé.

En dehors de ces situations, employeur et salarié peuvent résilier le contrat pendant la période d'essai sans préavis. Nul besoin :

- d'attendre la fin de la période d'essai si celle-ci n'apparaît pas concluante ;
- d'alléguer des motifs à l'appui de la décision.

Chacune des parties dispose donc d'un droit de résiliation discrétionnaire (Cass. soc.,

22 oct. 1981, Bull. civ. V, n° 814) ; le caractère discrétionnaire devant s'entendre, non pas comme un droit absolu - la théorie de l'abus de droit peut ici s'appliquer -, mais comme permettant à l'auteur de la rupture, notamment l'employeur, de ne pas avoir à fournir de motif avant de l'utiliser.

Dans un arrêt du 10 mars 2004, la Cour de Cassation, tout en rappelant que l'employeur peut « sans motif et sans formalité mettre fin à l'essai » juge qu'il doit néanmoins respecter la procédure disciplinaire lorsqu'il invoque une faute du salarié. En l'espèce, l'employeur avait mis fin à la période d'essai en invoquant diverses fautes de la salariée.

Au-delà de la question spécifique du respect de la procédure, il semble que cette décision s'inscrive dans une tendance au renforcement du contrôle de la légitimité de la rupture de la période d'essai. (Cass.soc. 10 mars 2004, n° 533 Honoré c/assoc Accueil et réinsertion sociale).

A l'issue de la période d'essai non concluante il faut :

- remettre au salarié un certificat de travail mentionnant la date d'entrée et de sortie de l'entreprise et la nature de l'emploi occupé;
- délivrer l'attestation destinée aux ASSEDIC (à se procurer par minitel au 3614 code ATEM)
- verser, outre la rémunération correspondante, une indemnité compensatrice de congés payés, si la période d'essai a duré au moins un mois.  
S'il s'agit d'un CDD, l'indemnité compensatrice de congés payés est due quelle qu'ait été la durée du contrat ;
- faire signer au salarié, le cas échéant, un reçu pour solde de tout compte.

## **Section 2 : Le contenu du contrat : les clauses**

La délivrance d'un écrit imposée par le législateur ou les partenaires sociaux répond à un souci de protection du salarié afin de l'informer sur les conditions d'embauche et d'établir la preuve instrumentale du contrat.

Mais l'écrit peut également répondre à des soucis d'un autre ordre : le renforcement des obligations du salarié. C'est alors l'intérêt de l'entreprise qui va servir à justifier certaines clauses, telles que les clauses de mobilité, les clauses d'objectifs ou les clauses de non concurrence, les clauses de dédit formation.

Dans certains cas, les clauses se veulent protectrices des intérêts des salariés. Tel est le cas des clauses de garantie d'emploi. Dans d'autres, elles sont davantage à l'avantage des entreprises, mais sous certaines conditions.

### **§ 1 - la clause de non concurrence**

Lorsque le contrat de travail a cessé de produire ses effets, l'ancien salarié est totalement libre, en principe, d'exercer l'activité de son choix, que ce soit à titre indépendant ou en qualité de subordonné.

Dans un arrêt du 23 nov. 1989, la Cour d'appel de Paris avait posé très clairement ce principe en ces termes :

“Tout salarié qui n'est pas lié à son ancien employeur par une clause de non concurrence est fondé par application des principes de liberté du travail et de libre concurrence à exercer, à l'expiration de son contrat de travail, la même activité pour son compte ou pour celui d'un nouvel employeur et de démarcher les clients de son ancien employeur à la seule condition de respecter les usages locaux du commerce.”

Pour se protéger de la concurrence que pourraient leur faire d'anciens collaborateurs qui sont au courant des procédés de fabrication ou de distribution et qui connaissent la clientèle, les employeurs ont pris l'habitude d'insérer, dans le contrat de travail qu'ils

soumettent à la signature du salarié, une clause de non concurrence.

En théorie, la clause de non concurrence n'est pas obligatoirement une clause écrite. Elle peut être verbale mais dans la pratique elle est souvent écrite, l'écrit permettant d'établir non seulement l'existence de l'obligation de non concurrence mais aussi sa portée.

### **A – Les conditions de validité des clauses de non concurrence**

Par une série d'arrêts du 10/7/2002 (Cass. soc., 10 juill. 2002, D. 2002, Jur. p. 2491, note Y. Serra), la chambre sociale de la cour de cassation, a fixé les conditions de validité de la clause de non concurrence .

Celles-ci s'orientent autour de 2 principes :

- d'abord le respect du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle,
- et ensuite le respect de l'article L. 120-2 du code du travail en vertu duquel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »,

A partir de ces principes, la chambre sociale énonce qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si les 5 conditions suivantes sont réunies (il s'agit donc de conditions cumulatives) :

- la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise,
- elle doit être limitée dans le temps
- elle doit être limitée dans l'espace,
- il doit être tenu compte des spécificités de l'emploi du salarié
- elle doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière,

## **1 - la notion d'intérêt légitime.**

Pendant longtemps, la Cour de Cassation n'a pas fait, de l'intérêt légitime de l'entreprise, une condition de validité des clauses de non concurrence.

Dans un arrêt de 1988, elle décidait même que l'absence d'intérêt légitime de l'employeur n'était pas une cause d'annulation de la clause de non concurrence (Cass.soc.13 oct 1988 aff Ste Asnets).

En fait, la Cour de cassation refusait tout simplement de substituer son appréciation à celle de l'employeur. Elle estimait à l'époque que les juges n'ont pas à rechercher si la clause est justifiée par un risque particulier que représente pour l'employeur le passage du salarié chez un concurrent.

La jurisprudence a évolué sur ce point. Dans un arrêt Godissart rendu le 14 février 1992, elle affirme très clairement à propos d'une clause de non concurrence insérée dans le contrat de travail d'un laveur de vitre "qu'en raison des fonctions du salarié la clause de non concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise".

Dans les arrêts ultérieurs, la cour de cassation vérifie que les juges du fond ont recherché si la clause était indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Un employeur ne peut donc plus exiger l'exécution d'une clause tant qu'il n'a pas, au préalable, établi que l'existence de celle-ci est justifiée par les risques particuliers.

Comment les juges vérifient-ils que la clause est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ?



- d'une part les juges retiennent la concurrence affectant le secteur d'activité de l'employeur,
- d'autre part, ils examinent le risque concurrentiel engendré par le salarié.

#### **a - la référence à un secteur concurrentiel**

Les juges utilisent fréquemment l'appartenance à un secteur concurrentiel comme indice pouvant attester la légitimité de la protection recherchée. Ils apprécient la concurrence qui s'exerce dans le secteur d'activité.

Ainsi, ils estiment que la clause :

- "est conforme à l'intérêt de l'entreprise, compte tenu du secteur très concurrentiel auquel elle appartient" (C.A. Paris 2 juillet 1997, juris-data n° 022261).

- "est indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise (...) étant entendu que le secteur commercial concerné, du travail temporaire, est l'objet d'une forte concurrence" (CA Rouen, 4 novembre 1997, juris-data n° 049240).

- que la clause insérée dans le contrat de travail d'un attaché commercial est valable « s'agissant d'une profession où il existe beaucoup de concurrence, ce qui justifie l'intérêt légitime d'une telle clause pour l'employeur" (C.A. Riom, 19 mai 1998, juris-data n° 044147).

- ou enfin que l'employeur, une entreprise de ravalement et d'isolation, a un intérêt légitime à protéger son activité qui subit une forte concurrence" (CA Nancy, 9 déc 1996, juris-data n° 047465) ;

L'analyse du secteur d'activité de l'entreprise est pertinente. Pour déterminer si une entreprise a un intérêt à se préserver d'une concurrence, il peut être utile de vérifier si elle a des concurrents susceptibles de recruter le salarié.

## **b - La référence à un risque concurrentiel engendré par le salarié**

La clause de non-concurrence est légitime si l'entreprise a des raisons de craindre une concurrence que pourrait lui causer le salarié. Il doit ainsi présenter **un risque concurrentiel**.

Cette expression figure dans certaines décisions de Cours d'appel : "l'employeur avait un intérêt légitime à stipuler la clause de non concurrence, la salariée présentant un risque concurrentiel" (CA Paris 29 mars 1995, juris-data n° 023161) ou bien encore le salarié "ne présentant aucun risque concurrentiel effectif" (CA Orléans, 10 novembre 1993, juris-data n° 045601).

On s'accorde pour reconnaître que l'appréciation de ce risque est intimement liée aux fonctions que le salarié occupait dans l'entreprise. De façon pragmatique, les juges du fond se réfèrent le plus souvent à trois indices utiles :

- le contact avec la clientèle,
- l'accès à des informations spécifiques sur l'entreprise,
- enfin l'acquisition du savoir-faire propre à l'entreprise.

### \* S'agissant du contact avec la clientèle

Cet indice concerne en particulier les salariés qui exercent une activité commerciale, mais pas uniquement. Nombreuses sont les professions concernées (coiffeurs, garçons de café).

Les juges recherchent si le contact avec la clientèle a permis au salarié d'établir une relation de nature à causer un risque de concurrence pour l'entreprise.

Tel est le cas d'un chef d'agence d'une entreprise de travail temporaire (CA Aix en Provence, 26 septembre 1994, juris data n° 051023) ou d'un chef d'atelier du secteur automobile (CA Paris 10 janvier 1991, juris-data 020675).

Mais le contact avec la clientèle n'est pas, à juste titre, suffisant. Ce contact doit être actif. En d'autres termes, il doit permettre de nouer un lien avec la clientèle.

Ainsi “une clause de non concurrence imposée à un chauffeur de poids lourds doit être annulée dès lors que ce salarié n’avait aucun rôle actif dans ses relations avec la clientèle, étant chargé de la préparation des commandes et de l’exécution des livraisons. La seule fréquentation physique de la clientèle ne lui conférait aucune aptitude particulière à concurrencer l’employeur”. (CA Nancy, 2 juin 1998, Juris-data n° 043464).

Il faut que le contact permette de détourner éventuellement la clientèle.

Intervient alors la durée de la relation. A cet égard, un arrêt refuse la légitimité de la clause en raison du peu de temps que le salarié avait passé dans le salon de coiffure, ce qui ne lui permettait pas de s’attacher une clientèle (CA Orléans, 10 novembre 1993, Juris-data n° 045601).

#### \* S’agissant de l’accès à des informations sensibles

Le juge recherche si le salarié a eu accès à des informations importantes dont l’utilisation est susceptible de nuire à l’entreprise.

Il peut s’agir aussi bien d’informations confidentielles sur l’entreprise que d’informations techniques ou commerciales ou d’informations concernant l’organisation même de l’entreprise

Ainsi est justifiée par les intérêts légitimes de l’entreprise la clause de non concurrence “en raison du fait que le chef d’agence connaissait tous les rouages de l’entreprise” (CA Rouen, 4 novembre 1997, Juris-data n° 049240).

A l’inverse, la clause de non concurrence d’un agent de maîtrise a été déclarée nulle en raison “du défaut d’accès du salarié à des connaissances ou informations ou compétences de nature à nuire à l’ex employeur au cas de mise à disposition de la

concurrence”. (CA Bourges, 30 juin 1995, Juris-data n° 052139).

\* S’agissant de l’accès à un savoir faire propre à l’entreprise

La jurisprudence privilégie une conception extensive du savoir faire. Ainsi la Cour de cassation considère t-elle qu’il y a un intérêt légitime a voir s’appliquer une clause de non concurrence “dès lors que le domaine d’activité de la société était très spécialisé et que le salarié y avait acquis, après 14 ans d’activité professionnelle, un savoir-faire spécifique qu’elle entendait protéger”. (soc 14 février 1995, gaz.pal.212, 3 mai 1995, n° 141-143, panorama, p. 94).

Ici l’appréciation des juges ne permet pas de distinguer ce qui relève de l’acquisition d’un savoir-faire propre à l’entreprise et ce qui relève de l’expérience professionnelle.

Non seulement la clause de non concurrence doit être justifiée par l’intérêt légitime de l’entreprise, mais encore elle doit être indispensable à la défense de ces intérêts.

Ainsi, dans un arrêt du 7 avril 1998 (D. Alloucherie c. Etbts G. Catteau, dr soc 1998, p. 194), la Cour de Cassation casse le jugement de la Cour d’Appel au motif que les juges n’ont pas apporté la démonstration que la clause était indispensable aux intérêts légitimes de l’entreprise. En l’espèce, la clause était assortie d’une faculté de rachat en faveur du salarié. La Cour suprême en déduit que l’exécution de la clause de non concurrence n’étant que facultative, c’est bien qu’elle n’était pas indispensable aux intérêts légitimes de l’entreprise.

## **2 - l’exercice par le salarié de son activité professionnelle**

Le critère relatif à la possibilité pour le salarié de retrouver un emploi n’est pas récent. En effet, on en trouve trace dans une décision de 1952 : “pour être valable, une clause de non concurrence doit laisser au salarié la possibilité d’exercer normalement l’activité

qui lui est propre » (cass.soc. 18 oct 1952 et cass soc 27 fev 1996).

Dans les faits, ce critère a été pendant longtemps marginalisé par les autres critères. Les arrêts de la Cour de Cassation du 18 septembre 2002 (GAN vie) le réhabilitent pleinement.

La Cour énonce que le juge peut restreindre l'application d'une clause de non-concurrence, même justifiée par les intérêts de l'entreprise, (...) lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle (Cour de cassation, soc., 18 septembre 2002, n° 00-42.904, Gan vie, Recueil Dalloz 2002, Jurisprudence p. 3229).

Pour apprécier la gravité de l'atteinte apportée à cette liberté, les juges tiennent essentiellement compte de deux paramètres. Ils recherchent **d'une part** si l'activité interdite au salarié correspond à une activité qu'il a exercé pendant de longues années ou au contraire pendant une période assez brève. Si cette activité a été exercée pendant une courte période, les juges considèrent qu'il ne s'agit pas de l'activité propre du salarié et qu'elle peut valablement être interdite par une clause de non concurrence.

Ainsi a été jugée licite une clause faisant interdiction à un agent technico-commercial, spécialisé dans la commercialisation de stimulateurs cardiaques, d'exercer cette activité dans la France entière, alors que le salarié n'exerçait cette activité que depuis deux ans et qu'il avait travaillé 12 ans dans d'autres branches professionnelles.

Est licite dans les mêmes conditions une interdiction de travailler dans l'aéronautique pendant dix ans alors que le salarié avait par ailleurs travaillé pendant plusieurs années dans d'autres secteurs d'activité.

En revanche, si le salarié exerce depuis longtemps l'activité qui est prohibée par la clause, les juges considèrent qu'il y a atteinte à la liberté du travail et ils annulent la clause. Ainsi, est illicite une clause interdisant au salarié durant trois ans, d'exercer un emploi concurrent sur le territoire français et dans toute autre pays européen où son ex

employeur est implanté (Cass.soc. 13 juillet 2005). Cette clause empêchait le salarié d'exercer un emploi en rapport avec son expérience professionnelle et par là même d'utiliser la technique et la compétence qu'il avait acquise.

Ils tiennent compte **d'autre part** du caractère plus ou moins général de la formation du salarié et des connaissances acquises par celui-ci . Lorsque cette formation ou les connaissances acquises donnent au salarié la possibilité d'occuper des emplois très variés, l'interdiction d'occuper un emploi très précis ne sera pas considéré comme illicite ; le salarié peut en effet, malgré cette interdiction, continuer à exercer une activité professionnelle correspondant à ses compétences. Ce n'est que dans les cas où l'activité prohibée correspond à une spécialisation étroite que la nullité de la clause de non concurrence est retenue.

### 3 - limitation dans le temps et dans l'espace

Si les juges avaient, dans le passé, subordonné la licéité d'une clause de non-concurrence à une limitation dans le temps ou à une limitation dans l'espace, ils n'exigeaient pas que l'obligation de non-concurrence soit à la fois limitée dans le temps et dans l'espace (Cass. soc. 29 mai 1991, RJS 1991, n° 836 ; 10 mars 1988, Liaisons soc., n° 6092).

Depuis quelques années, ils ne mentionnaient même plus la limitation dans le temps ou dans l'espace parmi les conditions de validité de la clause (Cass. soc. 18 déc. 1997, D. 1998, Somm. p. 2132, obs. Y. Serra ; Dr. soc. 1998, p. 194, obs. J. Savatier ; 2 déc. 1997, RJS 1998, n° 33).

Désormais, une clause de non-concurrence sera illicite si elle ne limite pas cumulativement la durée et le champ d'application géographique de l'obligation de non-concurrence.

Jugé dans l'arrêt Cass.soc. 18.09.2002, GAN vie que « le juge, en présence d'une

clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ;

En l'espèce le juge a réduit l'application de la clause aux clients de la société Gan VIE. Mais le juge peut aussi annuler la clause (ex 5 ans sur le territoire de l'UE pour un publicitaire CA Lyon, 19 fev. 2004, n° 2000/07208).

(Cf également Cour de cassation, com.,4 juin 2002, CBI, n° 00-14.688 ; Recueil Dalloz 2002, Actualité jurisprudentielle p. 2328)

#### **4 - Contre-partie pécuniaire**

Normalement, le droit commun des contrats postule une contrepartie. Dans un contrat synallagmatique, chaque partie s'engage.

Or, curieusement, la Cour de cassation a pendant longtemps écarté catégoriquement le droit commun des contrats : "la validité d'une clause de non concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une contre-partie pécuniaire, si celle-ci n'est pas prévue par une convention collective" (Cass. soc. 9 oct. 1985, Chanoine c/ Rmiz).

Il aura donc fallu attendre le 10 juillet 2002 pour que la Cour de Cassation affirme que la contre-partie financière est une condition indispensable à la validité de la clause :

« Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence, la cour d'appel (CA Reims, 28 juin 2000) a énoncé que la clause litigieuse était licite et régulière ; qu'elle ne comportait aucune contrepartie financière, ce qui était conforme à la convention collective applicable ; qu'en statuant comme elle l'a fait, en déclarant licite une clause de non-concurrence qui ne comportait pas de contrepartie financière, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ».

La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence a, quelle que soit la qualification contractuelle que lui donnent les parties, la nature d'un salaire dont l'action en paiement se prescrit par cinq ans (Cass.soc.26 09 2002, Recueil Dalloz 2003, Sommaires commentés p. 905).

Celle-ci doit donner lieu au paiement de cotisations sociales et ouvre droit également à congés payés (cass.soc. 28 nov. 2001).

La jurisprudence a rejeté la nature de « clause pénale » de la clause de non concurrence, ce qui fait que le juge n'est pas autorisé à en réduire le montant au motif qu'il serait disproportionné par rapport au préjudice subi (Soc 26 mai 1988, Bull.civ. V, n° 138).

Elle est versée soit mensuellement pendant la durée de l'engagement, soit lors du départ du salarié.

La jurisprudence a décidé que le salarié est seul maître de l'action en nullité de la clause de non concurrence instituée seulement pour assurer sa protection et la liberté du travail. Ainsi, l'employeur ne peut pas invoquer lui-même l'illicéité de la clause pour échapper au versement de la contre-partie financière. Dans un arrêt du 17 juillet 1997, Ste Cosmoplast (Dr.soc. 11 nov 1997, p. 972, obs C Roy-Loustaunau) la Cour de Cassation a déclaré irrecevable l'action en nullité d'un employeur qui invoquait l'illicéité de la clause de non concurrence au regard de l'intérêt de son entreprise pour échapper à ses obligations pécuniaires.

Elle réitère sa position dans un arrêt du 25 janvier 2006 (n° 04-43.646).

En tous cas, les choses sont claires : toute clause qui ne comporte pas aujourd'hui de contre-partie pécuniaire est devenue illicite, même si elle s'appuie sur une convention collective étendue, qui elle ne l'a pas prévu.



Ainsi, la cour d'appel qui constate qu'une clause de non-concurrence figurant dans le contrat de travail du salarié ne comporte pas de contrepartie financière, en déduit justement que cette clause est nulle. (Cour de cassation, soc.24 juin 2003, n° 01-43.715 Recueil Dalloz 2004, Sommaires commentés p. 1161).

Le salarié peut être libéré de son obligation pour l'avenir. Pour le passé, le salarié qui a respecté une clause de non concurrence qui est déclarée nulle a droit à des dommages et intérêts. ( Cass.soc. 18 mars 2003n° 00 46 358 ; Cass.soc. 24 mars 2004, n° °2-41-495).). Les juges peuvent évaluer souverainement le montant de ces dommages intérêts à la somme que l'employeur avait prévu à son profit en cas de violation de la clause par le salarié (Cour de cassation, soc.,29 avril 2003, n° 01-42.026 ;Recueil Dalloz 2004, Sommaires commentés p. 1161 )

En tout état de cause, le salarié ne peut prétendre au paiement de l'indemnité de non concurrence que pour la période pendant laquelle il a respecté son obligation (Cass.soc. 25 fév. 2003, Meloud c/Molyslip).

A noter que la juridiction des référés peut déclarer inopposable au salarié une clause dépourvue de contre partie financière dans la mesure où celle-ci constitue un trouble manifestement illicite au sens de l'art. R. 516-31 du Code du travail. Statuant en matière de référé, le juge n'annule pas la clause. (cass.soc. 25 mai 2005, n° 04-45794).

Jugé enfin que l'application « rétroactive » de cette condition de validité de la clause de non concurrence n'est pas contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH (Cass.soc. 17 déc. 2004) car l'exigence d'une contre partie financière à la clause de non concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle.

## **B - Clause de non concurrence et dispositions conventionnelles.**

### **Sur l'existence même de la clause**

Une jurisprudence relativement ancienne admettait qu'une convention collective de

travail puisse imposer directement une obligation de non concurrence au salarié (Cass soc 8 juillet 1976).

En 1997, une clause restrictive de concurrence a été déclarée directement opposable au salarié (cass.soc 8 janvier 1997, Pied c/ Gras Savoyer R. Dalloz 1997, jur,p. 132).

L'arrêt (de rejet) rappelle, dans un chapeau intérieur que *“les obligations mises à la charge d'un salarié par une convention collective lui sont opposables, en l'absence de mention dans le contrat de travail, dès lors qu'il a été informé de l'existence d'une convention collective applicable et mis en demeure d'en prendre connaissance”*. (même chose que pour la période d'essai).

Il faut noter cependant qu'en l'espèce, la clause litigieuse se bornait à interdire aux anciens salariés de démarcher la clientèle de l'entreprise, ce qui est moins grave de conséquences qu'une clause de non concurrence.

On a vu que les risques de concurrence devaient être appréciés au regard des particularités individuelles de chaque salarié ( qualification, expérience, savoir-faire, relations personnelles avec la clientèle, etc...) de sorte qu'une disposition conventionnelle créant une obligation générale de non concurrence pose quand même problème.

Ce que peut faire la convention collective en revanche, c'est encadrer de telles clauses. C'est ainsi que les conventions collectives ou accords d'entreprise apportent souvent des précisions sur les conditions de validité des clauses de non concurrence. Il est donc indispensable de se référer à la convention collective applicable.

Le contrat de travail doit donc relayer ces clauses. Toutefois, l'employeur ne dispose pas de la possibilité d'introduire une clause de non concurrence automatiquement dans tous les contrats de travail, mêmes modestes (CA Paris 25 octobre 1996, Cième informatique R. Dalloz, 1997, somm, p. 241). Il lui faut démontrer que la pertinence de la clause au regard de la fonction exercée par le salarié.

Pour la limitation dans le temps, de nombreuses conventions collectives contiennent des clauses déterminant quelle peut être la durée maximale d'une obligation de non concurrence. La plupart de ces clauses fixent cette durée à deux ans.

Lorsqu'une telle convention existe les cocontractants peuvent conclure une clause d'une durée plus courte, mais il ne sauraient dépasser la durée prévue par la convention.

Ex : si une convention collective limite à 2 ans l'interdiction de concurrence et que le contrat de travail prévoit une clause de 5 ans ?

La clause n'est pas nulle pour autant. Elle doit simplement être rapportée aux conditions prévues par la convention.(Cass. soc. 15 fév. 1995, Genay c/ Caisse régionale de Crédit agricole des Vosges).

Pour la limitation dans l'espace, certaines conventions précisent que l'interdiction de travail concernera "une zone territoriale limitée avec précision par référence à la zone géographique dans laquelle s'exerçait l'activité de l'intéressé" et fixent la clause "à un périmètre maximum de 100 km autour du lieu de travail".

S'agissant de la contre partie pécuniaire, les acteurs sociaux avaient déjà fréquemment introduit dans les conventions collectives une clause prévoyant le versement d'une indemnité mensuelle en contre-partie de l'obligation du salarié de ne pas travailler.

Quelques fois, la convention collective fixe elle même et de façon très précise le montant de l'indemnité compensatrice. D'autres conventions indiquent seulement un montant minimal.

En tout état de cause, la clause devra toujours tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et servir les intérêts légitimes de l'entreprise.

## **C - Cause de la rupture du contrat et clause de non concurrence**

## 1 - le motif de la rupture

Un salarié est licencié sans cause réelle et sérieuse. Est-il néanmoins tenu par la clause de non concurrence prévue dans son contrat de travail ? Tout dépend du libellé du contrat. Le contrat de travail peut bien entendu limiter l'application de la clause de non concurrence au seul cas de démission du salarié

Si la clause est libellée en termes généraux quant aux causes de la rupture du contrat de travail, elle s'appliquera même en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 25 oct. 1995, Audoin c/ Sté des Etablissements Cosset).

Dans cette hypothèse, elle est également opposable au salarié qui démissionne, ou qui part en préretraite ou en retraite (Cass. soc. 7 juillet 1993, Sté Michelin c/ Ferrary) et la contrepartie pécuniaire prévue est due.

Elle est applicable en cas de licenciement pour motif économique. (cass soc 12 mars 1982) et en cas de cessation volontaire d'activité de l'entreprise (il s'agissait en l'espèce d'une dissolution ; cass.soc. 5 avril 2005 ; n° 02.45.540).

Enfin, la clause de non concurrence peut même s'appliquer en cas de rupture au cours de la période d'essai, lorsqu'il est précisé au contrat "qu'elle sera applicable en cas de cessation d'effet du contrat à quelque période et pour quelque cause que ce soit (Cass. soc. 3 fév. 1993, Pierrisnard c/ Sté Sofinarex et Cass.soc 17 juillet 1997 Cosmoplast).

En dépit des réserves exprimées par la doctrine, la brièveté de l'engagement ne constitue pas un obstacle a priori à l'application d'une telle clause restrictive de la liberté de travail du salarié.

Il y a difficultés toutefois lorsque la volonté des parties ne résulte pas clairement de dispositions précises. En ce cas, la recherche de la "commune intention des parties" incombe au juge.(Ce qui relève quelques fois de l'interprétation divinatoire). (soc 17 juillet 1997, Cosmoplast Dr.soc 11 nov 1997, p. 972).

## 2 - Renonciation de l'employeur

La Cour a précisé qu'une clause de non concurrence qui, dans son application, serait subordonnée à la manifestation de volonté de l'employeur après la rupture du contrat de travail, doit être déclarée nulle, comme étant alors subordonnée à une condition purement potestative, en application de l'article 1174 C ; civ. (cass.soc.12 fév. 2002, D. 2002, sté Henri Maire, D jur. p ; 2011). L'employeur ne peut se réserver la faculté, après la rupture, de décider si il impose ou pas une clause de non concurrence.

La Cour de Cassation avait déjà jugé que l'employeur ne peut discrétionnairement mettre en œuvre une obligation de non concurrence à l'encontre du salarié parce qu'elle constituerait une modification du contrat de travail ultérieurement à l'exécution de celui-ci. ( Cass.soc. 7 juillet 1998, JCP 1998, II n° 11196 et la note : l'insertion d'une clause de non concurrence dans un contrat de travail impose l'accord du salarié puisqu'elle caractérise une modification de la relation contractuelle).

En 1993, la Cour de cassation avait énoncé que l'employeur ne peut renoncer de manière unilatérale à l'exécution de la clause lorsque la faculté de renonciation n'a pas été prévue contractuellement : « l'employeur ne peut renoncer à la clause de non concurrence que si la convention collective ou le contrat de travail lui en donne expressément la possibilité » (Cass. soc. 17 fév. 1993, Sté Promo cuisine c/ Gillet ; ). La cour de Cassation réitère sa position en 2001 (cass .soc. 28 nov. 2001, Priad c/Gonzalez).

Pour être valable, la renonciation doit obéir à certaines règles :

- la renonciation doit être explicite. Sur ce point, l'employeur doit donc s'être prononcé clairement et de façon non équivoque (Cass. soc. 30 mai 1990, Russiat c/ Sté Manu Meca).
- le délai et les formes de la renonciation doivent être impérativement respectés.

Par exemple est sans effet la renonciation exprimée verbalement et non confirmée par

écrit dans le délai imparti par le contrat de travail (Cass. soc. 4 mars 1992, Sté Marquet Mallet c/ Korinschtain). De même est sans effet sa renonciation qui intervient après délai fixé par la convention collective (par exemple 15 jours à compter de la notification de la rupture du contrat ; Cass. soc. 8 juin 2005, n° 03-43 221).

### **3 - Responsabilité du salarié**

Le salarié qui viole l'obligation contractuelle de non concurrence sera condamné à des dommages intérêts en réparation du préjudice subi par l'ancien employeur .

C'est le Conseil des Prud'hommes qui est compétent pour statuer sur la demande de l'employeur puisque la violation dont il est demandé réparation concerne une obligation née du contrat de travail. La compétence du conseil des Prud'hommes est exclusive.

Ainsi, l'action dirigée contre la société créée par l'ancien salarié, fondée sur la complicité de la société dans la violation de la clause relève de la compétence du tribunal de commerce. Cette action suppose toutefois que soit tranchée la question préalable de la violation de la clause de non-concurrence laquelle relève de la compétence exclusive de la juridiction prud'homale. (Cour de cassation, com., 6 mai 2003, n° 01-15.268, D. Sommaires commentés p. 1154).

La chambre sociale admet sans difficulté la compétence de la formation des référés de la juridiction prud'homale en cas de violation de la clause de non concurrence, soit pour ordonner sous astreinte au nouvel employeur de rompre toute relation professionnelle avec le salarié (cass.soc 26 oct 1993) soit pour ordonner la fermeture de l'entreprise dirigée par l'ancien salarié. (soc. 24 janv. 1979, D. 1979, 619, note Serra).

Très souvent, les parties fixent de manière forfaitaire le montant des dommages intérêts en accompagnant la clause contractuelle de non concurrence d'une **clause pénale**.

La jurisprudence admet la licéité de ces clauses pénales, mais le juge peut modérer le montant de l'indemnité forfaitaire. L'appréciation des juges doit alors se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé (Cass. Soc 11 février 1997, Grandorge, R.Dalloz 1997, I.R. p. 71).

Mais, dans un arrêt du 13 décembre 2000 (Cass. Soc. 13 déc 2000, Mariusse c/SA Fiduciaire de France,) la Cour de cassation a refusé de réduire le montant de la clause pénal.. En l'espèce, la clause pénale prévoyait le versement de 2 ans de salaire en cas de violation de la clause. Le salarié avait fait établir par expertise que le préjudice réel était bien inférieur. Peu importe, dit la Cour de Cassation, « le montant de la clause pénale n'est pas nécessairement égal à celui de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une clause contractuelle ».

La Cour de cassation est revenue sur cette position en 2004. Elle casse un arrêt parce que les juges n'avaient pas recherché si la clause pénale n'était pas manifestement excessive (Cass.soc. 30 juin 2004, n° 02 42877).

#### **4 - Responsabilité du nouvel employeur.**

Quelle est la responsabilité d'un employeur qui engage un salarié lié à son précédent employeur par une clause de non concurrence ?

Il est possible qu'en toute bonne foi un employeur engage un salarié en ignorant que celui-ci est lié à son précédent employeur par une clause de non concurrence. En effet, une telle clause n'a pas à figurer sur le certificat de travail que l'employeur délivre à l'expiration du contrat de travail (Cass. soc. 4 mars 1992, Collotte c/ IFTIM).

Par ailleurs, la production du contrat de travail qui liait le salarié à son précédent employeur n'apporte pas une garantie suffisante au nouvel employeur, le contrat ayant

pu faire l'objet d'un avenant insérant une clause de non concurrence.

La preuve de la connaissance de la clause de non-concurrence par le nouvel employeur incombe à celui qui se prévaut de l'existence d'une telle clause. (Cour de cassation, com., 18 décembre 2001, n° 00-10.978 , Ste Pouey International, Recueil Dalloz 2002, Actualité jurisprudentielle p. 645)

Mais le salarié, en dissimulant sciemment l'existence de la clause de non concurrence qui le lie, commet une faute grave qui justifie son licenciement immédiat, sans indemnité (Cass. soc. 14 déc. 1983, Huwette c/ Sté Sataic Central Intérim).

Tant qu'il ignore la clause, la responsabilité de l'employeur ne peut être recherchée. Mais si l'employeur garde à son service un salarié qu'il sait lié par une clause de non concurrence, le nouvel employeur se rend complice de sa violation et est redevable de dommages et intérêts à l'ancien employeur.

Mais surtout,, celui qui a embauché un salarié qu'il sait lié par une clause de non-concurrence peut être poursuivi pour concurrence déloyale (Cass. soc. 23 octobre 1984, Bull. cass. 1984-V-272) et condamné solidairement au paiement de dommages et intérêts en violation de la clause de non concurrence (Cass. soc. 14 mars 1995, Sté SINSO et Cros c/ Sté ONET).

L'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié et alors que ces deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent, peuvent se cumuler. (Cour de cassation, com.24 mars 1998, n° 96-15.694 Recueil Dalloz 1999, Sommaires commentés p. 113)

Jugé également que l'action en concurrence déloyale est recevable devant le tribunal de commerce nonobstant la nullité de la clause de non concurrence pour absence pour absence de contre partie financière lorsque les faits de concurrence déloyale sont



avérés (Cass.soc. 24 mars 2005, n° 03.43471).

La responsabilité du nouvel employeur dans ce cas est la responsabilité délictuelle du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.)

Le bénéficiaire de la clause peut également demander au juge des référés d'imposer au nouvel employeur de cesser sous astreinte d'employer le salarié.

L'ancien employeur peut attirer le nouvel employeur devant le tribunal de commerce s'il est commerçant ou devant le Tribunal d'instance ou de grande instance s'il ne l'est pas, afin de lui réclamer les dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

## **§ 2 - Les clauses de mobilité**

Les clauses de mobilité ont fait l'objet d'une évolution relativement importante ces dernières années.

A priori, l'on pourrait penser que le salarié mobile est celui qui travaillera dans un endroit différent que celui qui est mentionné dans le contrat de travail.

Les choses sont un peu différentes...

Dans un arrêté du 3 juin 2003 (Suret c/ SA Coop), la Cour de Cassation a énoncé que la mention du lieu de travail dans un contrat de travail à simplement valeur d'information. Ainsi, le changement de localisation dans un même secteur ne s'analyse pas comme une modification du contrat mais comme un simple changement des conditions de travail qui s'impose donc au salarié.

Si le salarié ne veut pas bouger à l'intérieur d'un même secteur géographique, il doit faire mentionner dans le contrat qu'il ne travaillera exclusivement que dans ce lieu (Soc. 3 juin 2003, SA Résoerv c/Queniat).

Reste alors à déterminer la notion de secteur géographique. Il a ainsi été jugé que Paris et Roissy n'étaient pas dans le même secteur géographique (Cass.soc. 15 juin 2004, n° 01-44-707, RJS 10/04 n° 997) alors que Malakoff et Courbevoie l'étaient (Cass. Soc. 20 oct 1998, RJS 1/99, n° 9).

Au delà de ce secteur géographique, si l'employeur veut muter le salarié, il doit mettre en œuvre une clause de mobilité.

Par la clause de mobilité inscrite dans son contrat de travail, le salarié accepte par avance la modification de son lieu de travail en dehors du secteur géographique. Si le salarié refuse sa mutation, la rupture du contrat de travail consécutive au refus de salarié de rejoindre son nouveau poste s'analyse en un licenciement. L'employeur ne peut pas prendre acte du refus du salarié et le considérer comme démissionnaire :

La question de savoir si le salarié commet une faute grave est discutée. La jurisprudence l'a d'abord admis systématiquement. Dans une décision du 30 septembre 1997 (Onet), il avait en effet été jugé que le refus d'un salarié d'une mutation décidée par l'employeur en application d'une clause de mobilité revêt le caractère d'une faute grave.

Mais la jurisprudence est revenue sur le caractère systématique de la faute grave. En effet, les juges ne font plus désormais abstraction de considérations liées à l'organisation de la vie familiale du salarié. Du coup, le licenciement, s'il est justifié n'est pas toujours prononcé pour une faute grave.(ass.soc. 23 02 2005, n° 03 2018 : le refus par un salarié d'un changement de ses conditions de travail, s'il rend son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, ne constitue pas, à lui seul, une faute grave).

En l'absence de faute grave, le salarié doit effectuer un préavis. Pour les juges, la mise en œuvre de la clause de mobilité constitue un simple changement des conditions de travail que l'employeur peut décider unilatéralement dans le cadre de son pouvoir de

direction. Il en résulte que l'employeur qui a licencié le salarié ayant refusé la mutation peut lui imposer d'exécuter son préavis dans les conditions nouvellement prévues. (Cass. Soc. 25 novembre 1997 (Sté le Discount du meuble c/Foveau).

La rédaction de la clause exige le plus grand soin. Si elle est trop floue, les juges refusent de la mettre en œuvre (CA Poitiers, 21 juin 2005, n° 03/03128). Tel est le cas de la clause libellée comme suit : « votre lieu de travail sera fixé à la rochelle. Il pourra être modifié en raison des circonstances et de l'évolution de votre carrière au sein du groupe ». (cass.soc. 23 2 2005, n° 04. 45. 463).

### La mise en œuvre de la clause de mobilité

Bien que le contrôle de la clause de mobilité ne soit pas aussi poussé que pour la clause de non concurrence par exemple, les juges vont exercer un contrôle sur la façon dont l'employeur met en œuvre la clause de mobilité.

Dans un premier temps, ils vont vérifier que le salarié a bien consenti à la clause et notamment qu'il a signé le contrat de travail comportant une telle clause. A défaut, elle ne lui est pas opposable (Cass.soc. 2 avril 1998, Sté Safeti et Cass.soc. 27 septembre 2006 n° 05 ?41305).

Il avait été jugé antérieurement que "le fait pour un salarié, d'apposer sa signature sur le règlement intérieur lors de l'embauche, ne manifeste pas, de sa part, une volonté claire et non équivoque d'accepter l'intégration à son contrat de travail de la disposition du règlement intérieur relative au changement du lieu de travail, étranger à l'objet limitativement déterminé par les articles L. 122-34 et L 122-35 du Code du travail (concernant le Règlement intérieur). Cass soc 19 novembre 1997 Guala c/Broccard).

En second lieu, les juges vont vérifier que la mobilité ne soit pas utilisée comme un prétexte pour modifier d'autres éléments du contrat. Ainsi, il n'est pas question, au nom

de la clause de mobilité, de diminuer le montant de la rémunération (Cass.soc. 15 déc. 2004 n° 02-44 714 sem.soc. lamy n° 1197, p. 12 et Cass.soc. 15 fév. 2006, n° 45584) même dans un sens qui peut être plus favorable au salarié (Cass.soc. 19 mai 1998, n° 96-4-573 ) ou de modifier sa qualification (Cass.soc. 24 fév. 2004, n°01—47.365) ?

Le lieu de travail, lui seul, peut être changé (Cass. soc. 28 nov. 1989, Le groupe Maisons familiales c/ Betenfeld ; Cass. soc. 20 fév. 1992, Sté Self Ensembles Industriels c/ Andry.

En troisième lieu, les juges vont analyser les circonstances dans lesquels l'employeur met en œuvre la clause. Les notions de bonne foi, d'abus de droit sont autant de limites au pouvoir de l'employeur dans la mise en œuvre de la clause.

En 2002, la Cour de Cassation confirme qu'est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié que l'employeur avait affecté à Pau, trois mois après la signature d'un nouveau contrat comportant une clause de mobilité, alors qu'il travaillait depuis 1987 à Toulouse, sans pouvoir justifier cette mutation par un motif objectif. (Cour de cassation, soc.23 janvier 2002,n° 99-44.845, Sté Telf ;Recueil Dalloz 2002, Sommaires commentés p. 2088)

Commet ainsi un abus de pouvoir l'employeur qui fait muter une attachée commercial dans un secteur sans aucune perspective professionnelle (Cass. soc. 9 mai 1990, Maison du Logement c/ Mutel), ou bien lorsque l'employeur agit avec précipitation (Cass.soc. 18 sept. 2002, Go Sport).

De même, abuse de son droit l'employeur qui impose à un agent de propreté des horaires incompatibles avec les horaires des transports en commun (Cass.soc. 10 janv. 2001, Mme Abdallah c/Sté la Rayonnante groupe Ten).

Les juges se servent également de la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat pour censurer des comportements patronaux jugés excessifs. C'est dans un arrêt du 18

mai 1999 (Sté Legrand c/M. Rochin, Dr.soc juillet/aout 1999, p. 735), que la Cour de cassation a utilisé pour la première fois cette notion à propos de la mise en oeuvre d'une clause de mobilité.

En l'espèce, un salarié, dont le contrat de travail comportait une clause de mobilité, avait refusé de quitter sa femme enceinte de 7 mois. Il avait été licencié pour faute grave.

La Cour de cassation considère en l'espèce que "l'employeur, tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, a fait un usage abusif de la clause en imposant au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés."

Dans la même veine, la Cour de Cassation confirme la condamnation d'un employeur qui avait agi avec une légèreté blâmable, dans la mise en oeuvre de la clause de mobilité alors, d'une part, qu'il savait que la salariée concernée était la mère d'un enfant handicapé moteur dont elle devait s'occuper à l'heure du déjeuner et, d'autre part, que le poste qu'occupait antérieurement cette salariée était libre. (Cour de cassation, soc.6 février 2001, n° 98-44.190, Sté Abilis, Recueil Dalloz 2001, Sommaires commentés p. 2168).

### **§ 3 - Les clauses de dédit-formation**

La jurisprudence a renforcé le caractère adaptable du contrat de travail en mettant de nouvelles obligations à la charge de l'employeur.

C'est dans un arrêt du 25 février 1992 (expovit) que la Cour de Cassation a jugé que "l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois".

Bien que rarement formulée comme telle, une obligation "d'adaptabilité" voire

“d’employabilité” pèse également sur les salariés.

### L’obligation d’adaptabilité des salariés

Cette obligation est plus large que le devoir d’adaptation de l’employeur dans la mesure où elle n’est pas limitée aux seules hypothèses d’évolution de l’emploi. Le salarié doit en effet se maintenir à un certain niveau de compétence au risque d’être licencié pour inaptitude, incompetence ou insuffisance professionnelle. Il doit en outre être capable d’évoluer professionnellement.

Cette obligation se manifeste de diverses manières en droit positif, que ce soit au travers de l’obligation qu’a le salarié de se former ou de celle d’exécuter le contrat de travail aux nouvelles conditions.

Il est en effet de jurisprudence constante que le refus d’un salarié de suivre un stage ou de se présenter à l’examen d’orientation prévu dans le cadre d’une procédure de reclassement convenue avec l’employeur, est un acte d’indiscipline constitutif d’une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il ne peut refuser une formation que si elle doit aboutir à une modification du contrat.

Le salarié doit également exécuter son travail selon les nouvelles méthodes en vigueur dans l’entreprise. Il doit se plier le cas échéant à l’utilisation de nouvelles techniques, de nouveaux instruments, voire même tout simplement respecter un processus de travail différent.

A défaut, le salarié s’expose à la menace d’un licenciement pour faute grave (soc 10 juillet 1996). Depuis cet arrêt, la jurisprudence semble refuser toute possibilité au salarié de s’opposer à un changement, même important, des conditions de travail.

A cette obligation pesant sur le salarié répond un devoir d’adaptation à la charge de

l'employeur.

### **L'employeur doit former ses salariés**

Vivace tout au long du contrat, le devoir d'adaptation impose à l'employeur de prévoir, d'anticiper les évolutions pour adapter à temps les salariés.

Ainsi, lorsque l'emploi d'un salarié est transformé à la suite d'une mutation technologique ou d'une restructuration de l'entreprise, l'employeur a le devoir de permettre au salarié de s'y adapter. Il en est de même lorsque sont introduites dans l'entreprise des nouvelles méthodes.

Il ne s'agit pas ici de modification du contrat mais simplement d'aménagement des conditions d'exécution.

En outre, il est de jurisprudence constante que l'obligation d'adaptation ne s'impose à l'employeur que si l'évolution de l'emploi initial reste compatible avec les capacités du salarié (Cass. soc., 25 févr. 1992, Bull. civ. V, n° 122 ; D. 1992, Jur. p. 390, note M. Défossez et Somm. p. 294, obs. A. Lyon-Caen ).

En revanche, si l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi, au besoin en leur assurant une formation complémentaire, il ne peut lui être imposé d'assurer la formation initiale qui leur fait défaut (Cour de cassation, soc, 3 avril 2001, n° 99-42.188 )

L'apparition du devoir d'adaptation et l'obligation de s'adapter pour le salarié conduit bien évidemment à s'interroger sur la licéité des clauses de dédit formation.

Un employeur engage de grosses sommes pour former un de ses salariés. Or, quelques semaines après son retour de stage, le salarié peut démissionner parce qu'il a trouvé un emploi mieux rémunéré compte tenu de la nouvelle qualification. Quel peut être le recours de l'employeur?

Aucun, si l'employeur n'a pas pris la précaution d'insérer dans le contrat de travail de ce salarié une **clause de dédit-formation** qui est une clause par laquelle le salarié s'engage à demeurer un certain temps au service de son employeur en contrepartie de sa formation professionnelle, ou à verser une indemnité s'il démissionne avant l'expiration de cette durée minimale.

Si le coût du financement de la formation est bien à charge de l'employeur, le salarié s'engage à rester dans l'entreprise le temps d'amortir cet investissement humain. S'il vient à démissionner, l'employeur pourra lui réclamer le remboursement des sommes consacrées à sa formation.

Quelle est la licéité de ces clauses ?

**La clause de dédit formation est licite dans la mesure où :**

- elle constitue la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation au salarié entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective. (C'est ainsi qu'avant de condamner le salarié à verser cette somme, les juges devront s'assurer que la formation a entraîné des frais réels au delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective : Cass. soc. 9 fév. 1994, Pauwels c/ SARL Nord Scann).

- et où elle n'a pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner. (Cass. soc. 17 juillet 1991, Jourdan c/ sté Fidal)

Si le salarié ne respecte pas son engagement de rester au service de l'entreprise pendant la durée stipulée, l'employeur est fondé à lui réclamer le paiement de l'indemnité prévue par la clause de dédit formation.

Jugé par exemple que la durée de deux ans fixée par l'engagement de dédit-formation n'est pas excessive compte tenu du coût de la formation(Centre de Formation à l'Analyse financière) et de sa durée et ne prive pas le salarié de sa faculté de rompre le



contrat de travail (Cour d'appel de Paris, 22e ch. C7 septembre 2001 Recueil Dalloz 2001, Informations rapides p. 2946).

Dans cet arrêt, les magistrats ont « refusé d'assimiler la somme forfaitaire due en remboursement de frais de formation à une clause pénale » susceptible de révision judiciaire par application de l'art. 1152 c. civ. , ce qui confère aux employeurs une plus grande sécurité juridique.

Dans un arrêt du 4 février 2004, la Cour précise encore que l'engagement du salarié de suivre une formation à l'initiative de son employeur, et en cas de démission, d'indemniser celui-ci des frais qu'il a assumés doit, pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation et qui précise la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié. (cass. soc., 4 février 2004, n° 01-43.651 (Recueil Dalloz 2004, Informations rapides p. 676).

N'est pas valable la clause qui ne comporte pas de mention relative au coût réel de la formation pour l'employeur et aux modalités de remboursement du salarié (Cass.soc. 28 sept. 2005, n° 03477760).

Les clauses de dédit formation sont interdites dans les contrats de qualification, les contrats d'orientation et les contrats d'adaptation (C. trav. art. L. 981-10).

### **Les motifs de la rupture**

Jugé que le dédit n'est pas dû par le salarié qui démissionne alors que l'entreprise a cessé toute activité et n'est plus en état de fournir le moindre travail au salarié (CA Montpellier, 28 fév. 1991).

En revanche, la circonstance que la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié soit intervenue en cours de période d'essai ne prive pas l'employeur de son droit au dédit-formation contractuellement prévu, dont le conseil de prud'hommes a fixé le montant en tenant compte du coût de la formation du seul salarié. Recueil Dalloz 2002,

Informations rapides p. 1958 Cour de cassation, soc.5 juin 2002, n° 00-44.327 , Pallard).

La clause de dédit formation n'a pas la nature d'une clause pénale car elle n'est pas en principe la garantie de l'exécution d'une obligation. Elle est la contre partie alternative à l'engagement pris par l'employeur d'assurer une formation de haut niveau.

## **§ 4 - clauses diverses**

### **A – Les clauses de garantie d'emploi**

De telles clauses sont parfois prévues à l'occasion de la reprise d'une entreprise familiale en faveur du cédant, ou bien au profit de salariés hautement qualifiés que l'on débauche d'une autre entreprise, ou encore au profit de sportifs de haut niveau.

La jurisprudence valide ces clauses qui interdisent de rompre le contrat, sauf faute grave.

En principe, l'employeur qui ne respecterait pas l'engagement serait tenu de réparer le dommage causé au salarié et, en conséquence, de l'indemniser jusqu'au terme de la période de garantie. (Cass.soc, 27 oct. 1998 Schroeder c/ GIE Services pour la Caisse des dépôts et consignation, RJS 12/98, n° 1441 ; Dr.soc. N° 3, mars 1999, p. 293) : “la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie”.

Quelques fois, la durée de l'engagement peut paraître importante lorsqu'elle est prévue pour plusieurs années. La Cour de cassation ne permettait pas auparavant aux juges du fond de réduire la durée de l'engagement de stabilité : ainsi, d'une garantie d'emploi prévue jusqu'à la retraite, sauf cas de force majeure ( Cass.soc. 7 nov. 1990, dr.soc.1991, 417 ou d'une garantie d'emploi de 5 ans). Elle décide désormais que l'indemnité litigieuse de garantie d'emploi a le caractère d'une clause pénale et peut dès lors être réduite par le juge (Cass.soc. 14 juin 2006, n0 05.43670).

A noter que les dommages-intérêts alloués à un salarié en cas de violation par l'employeur d'une clause de garantie d'emploi, qui sont équivalents aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme de cette période de garantie, ne peuvent se cumuler avec le revenu de remplacement servi par l'ASSEDIC (1). Cour de cassation, ass. plén.13 décembre 2002, Assédic de l'Ain, n° 00-17.143, Recueil Dalloz 2003, Informations rapides p.178 et Cass. soc. 28 fév. 2006, n° 04 41380).

Jugé également que la clause de garantie d'emploi n'est pas applicable en cas de démission du salarié (cass.soc. 30 nov. 2005, n° 04.41709).

## **B- les clauses de quota ou de résultat ou d'objectif**

S'il est un domaine où l'intérêt de l'entreprise prédomine, c'est bien dans ce type de clauses.

Autrefois, les ouvriers devaient façonner un certain nombre de pièces à l'heure, aujourd'hui, les salariés sont soumis à des clauses de résultat.

Ces clauses opèrent un transfert des risques économiques sur le salarié, faisant dépendre son emploi ou sa rémunération de critères économiques dont il n'a pas toujours la maîtrise.

La Cour de Cassation jugeait, en 1986, que l'insuffisance de résultats par rapport aux quotas prévus au contrat constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement, même si la situation économique était difficile.

Depuis, la crise de l'emploi et une législation spécifique aux licenciements économiques ont fait fléchir la position de la Cour de Cassation qui reconnaît désormais que le licenciement d'un salarié est sans cause réelle et sérieuse si la baisse de ses résultats s'inscrit dans une réduction de la marche générale des affaires de l'entreprise (soc 6

fév. 19090, pourvoi 87 43 729) ou qu'aucun objectif fixé par l'employeur n'a été atteint dans l'ensemble des agences (soc 8 octobre 1992, pourvoi n° 91 43 398).

Ainsi, la seule insuffisance de résultats ne peut, en soi, constituer une cause de licenciement.

Est sanctionnée la cour d'appel qui, pour débouter un salarié retient que les objectifs signés en connaissance de cause n'ont pas été réalisés, ce qui caractérise le manque de résultats reproché dans la lettre de licenciement.

Il est reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas vérifié si les objectifs définis étaient raisonnables et compatibles avec le marché (Cour de cassation, soc.30 mars 1999 n° 97-41.028, Evrard, Recueil Dalloz 1999, Informations rapides p. 115 ;

Dans un arrêt de 2001 (Cour de cassation, soc.11 juillet 2001, n° 99-42.927, Saint Tite ;Recueil Dalloz 2002, Sommaires commentés p. 773) il est reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si les mauvais résultats du secteur attribué au salarié procédaient soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable à celui-ci.

En outre, la Cour de Cassation précise régulièrement « qu'aucune clause du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement. » (Cass. soc. 14 nov. 2000, Mme Ders). Elle précise, conformément à sa jurisprudence que le juge doit vérifier, d'une part que les objectifs définis au contrat sont réalistes et, d'autre part, que le salarié est en faute de ne pas les avoir atteints (même arrêt et Cass. soc. 6 mai 2002, . Carpentier c/ SA Urbaco).

### **C - les clauses de domiciliation**

Beaucoup d'employeurs obligent leurs salariés à résider à proximité de l'entreprise, dans la ville ou dans le département.

La Cour de cassation s'est prononcée sur la clause de domiciliation dans un arrêt du 12 janvier 1999 (M. Spileers c/ SARL Omni Pac.(dr soc. N° 3 mars 1999, p.288). Se

fondant sur l'article 8 de la Convention des Droits de l'homme, la Cour énonce que le libre choix du domicile est l'un des attribut du respect du domicile garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, "qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché".

En l'espèce, les conditions n'étaient pas réunies pour un cadre commercial, qui en application d'une clause de mobilité avait été transféré de la région parisienne à Montpellier et avait refusé d'y établir son domicile familial. Le licenciement fondé sur ce motif est donc sans cause réelle et sérieuse.

De même, une société d'HLM ne peut pas imposer à des employés d'immeuble de résider sur place dans l'ensemble immobilier dès lors qu'il apparaît que les salariés sont en mesure d'exécuter les tâches qui leur sont confiées tout en habitant à l'extérieur des lieux de travail. Dans un tel cas, la clause d'obligation de résidence est nulle (Cass.soc. 13 avril 2005, n° 03-42.965).

## Chapitre 3 : le choix du contrat de travail : les contrats atypiques ou spécifiques

### Section 1 : Les contrats à durée indéterminée spécifiques

#### § 1 : Le contrat Nouvelles embauches (CNE)

Le CNE, mis en place par une ordonnance du 2 août 2005, est très controversé. Le CNE s'adresse aux entreprises qui emploient 20 salariés au plus.

Pour certains, il s'agit d'une innovation favorisant le recrutement et dynamisant le marché du travail. Pour les autres, il s'agit d'une nouvelle forme de précarisation du travail.

Le CNE repose, selon le gouvernement de M. de Villepin, « *sur la recherche d'un nouvel équilibre dans la relation de travail en associant une simplification de la procédure de rupture et de nouvelles garanties pour le salarié afin de favoriser un retour rapide à l'emploi en cas de cessation du contrat* »<sup>17</sup>.

En fait, il s'agit d'un contrat qui est qualifié de CDI avec une période de deux ans suivant l'embauche pendant laquelle certaines règles de droit du travail ne s'appliquent pas.

L'ordonnance prévoit en effet que le contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié pendant les deux premières années à compter de sa conclusion, par simple lettre recommandée avec avis de réception.

Certains ont qualifié cette période initiale de période d'essai. En effet, comme une période d'essai, la rupture du CNE pendant les 2 premières années n'a pas à être motivée. En outre, aucune formalité autre que l'envoi de la lettre recommandée n'est exigée.

---

<sup>17</sup> D'après le rapport fait au Président de la République.

Or, ces deux périodes n'ont pas le même fondement. L'objectif de la période d'essai est de permettre à l'employeur et au salarié de se tester mutuellement. L'employeur vérifie que le salarié est en adéquation avec le poste tandis que le salarié s'assure que le poste proposé lui corresponde.

Tel n'est pas l'objectif de la période de deux ans. Celle-ci permet à l'employeur, non pas de tester l'aptitude d'un candidat mais de vérifier qu'il possède à long terme les ressources nécessaires afin de pérenniser l'emploi occupé par le salarié. Il s'agit plutôt d'un test économique destiné au seul employeur.

Contrairement à la période d'essai, en premier lieu, un préavis de rupture est nécessaire.

La durée du préavis, sauf faute grave ou force majeure, oscille entre 2 semaines et un mois selon que le salarié est dans l'entreprise depuis moins de 6 mois ou depuis au moins 6 mois. En deçà de 1 mois de présence dans l'entreprise, il n'y a pas de préavis.

La précarité du salarié pendant la période initiale n'est pas sans rappeler le contrat à durée déterminée (CDD). On pourrait ainsi voir dans le CNE, un CDD suivi d'un CDI. En effet, pendant une période de 2 ans, le salarié est dans une situation précaire, comparable à celle d'un CDD et à l'issue des 2 ans, il bascule automatiquement dans le CDI.

Cela étant, des différences existent entre le CDD et le CNE.

Tout d'abord, l'indemnité de rupture due au salarié en cas de rupture pendant la période de 2 ans n'est pas assimilée à une indemnité de précarité du CDD.

Son montant n'est d'ailleurs pas le même : l'indemnité de rupture est égale à 8 % du montant total de la rémunération brute perçue par le salarié depuis la conclusion de son contrat alors que l'indemnité de précarité du CDD est égale à 10 % de cette rémunération.

Le régime fiscal et social de cette indemnité est également différent. Alors que l'indemnité de précarité du CDD est un élément de salaire soumis à charge sociale, l'indemnité du CPE est celle applicable aux indemnités de licenciement, c'est-à-dire qu'elle prend la forme de dommages et intérêts et qu'elle ne donne pas lieu à charges sociales. Elle n'est pas non plus fiscalisable pour le salarié.

Cette indemnité n'est pas due en cas de faute grave.

A cette indemnité versée au salarié s'ajoute une contribution de l'employeur d'un montant de 2 % de la rémunération brute due au salarié depuis le début de son contrat. Cette contribution est recouvrée par l'URSSAF et destinée à financer les actions d'accompagnement renforcées offertes par l'ANPE aux salariés dont le contrat est rompu. Cette contribution n'est pas non plus considérée comme un élément de salaire soumis à charge.

Contrairement au code du travail, l'ordonnance n'exige pas que la lettre de rupture du contrat de travail soit motivée.

Toute contestation portant sur la rupture du contrat est restreinte à un délai de 12 mois à compter de l'envoi de la lettre de rupture, et sous réserve que la lettre fasse mention de ce délai.

#### Renouvellement du contrat

Lorsque le contrat est rompu à l'initiative de l'employeur au cours des 2 premières années, il ne peut être conclu de contrat « nouvelles embauches » entre le même employeur et le même salarié, avant un délai de 3 mois à compter de la rupture.

Une allocation forfaitaire a été prévue si le salarié ne remplit pas les conditions de prise en charge par l'ASSEDIC. Cette allocation est versée à la condition que le salarié ait travaillé au moins 4 mois dans l'entreprise.



## § 2 - le contrat de travail à temps partiel.

Lorsque l'on parle de précarité de l'emploi, il faut distinguer le temps partiel choisi (illustré par le modèle hollandais, 35% de la population active : transition pour la retraite, conciliation vie professionnelle et de la vie familiale et privée, choix de vie ) et le temps partiel subi.

Nombre de salariés involontairement à temps partiel sont des « demandeurs d'emploi à temps plein ». Ils glissent du statut de chômeur au statut de « salarié privé d'emploi à temps plein ». Leur rémunération est essentiellement un salaire d'appoint.. Pour certains, elle n'est pas éloignée des minimas sociaux tels que le RMI. Le contrat à temps partiel est alors une sorte de contrat d'insertion, que l'on espère provisoire.

### 1. Définitions

La définition du travail à temps partiel est issue de la loi Aubry II du 19 janvier 2000, alignée sur la définition communautaire telle quelle résulte de l'accord cadre relatif au temps partiel du 6/6/1997.

Les salariés à temps partiel sont ceux dont le durée de travail est inférieure à la durée légale ou conventionnelle (art. L. 212-4-2 C.t.). Par cette définition très simple, il s'agit d'appréhender tous les cas de temps partiel sans faire référence au support contractuel (CDI ou CDD).

### 2. Garanties protectrices.

Il existe 3 types de garanties :

- Le formalisme du contrat est la **première garantie** accordé au salarié

Le contrat de travail doit être établi par écrit (art. L. 212-4-3 C.t.), l'absence

d'écrit faisant présumer un contrat à temps plein mais ce n'est qu'une présomption simple et l'employeur a la faculté d'apporter la preuve contraire (Cass.soc. 14 nov 2002, Diez c/assoc. prévention routière formation).

Le contrat doit préciser la qualification, la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue du travail et sa répartition entre les jours de la semaine ou les semaines du mois (art. L. 212-4-3). Il précise les limites dans lesquelles des heures complémentaires peuvent être effectuées. Celles-ci ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au niveau de la durée légale ou conventionnelle.

Le contrat définit en outre les cas dans lesquels une modification peut intervenir ainsi que la nature de cette modification. Toute modification doit être notifiée au moins sept jours à l'avance. Une convention ou un accord de branche étendu ou une convention d'entreprise ou d'établissement peut faire réduire ce délai jusqu'à 3 jours en prévoyant des compensations pour le salarié.

Si l'employeur veut modifier la répartition en dehors des cas prévus, le salarié peut refuser sans que cela constitue une faute ou un motif de licenciement.

Même dans les cas prévus, le salarié peut aussi refuser si le changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement, avec une activité chez un autre employeur ou une activité professionnelle non salariée.

A noter qu'en cas de non respect de la durée contractuellement prévue, le salarié a droit à un complément de salaire sur la base du minimum contractuel (Cass.soc. 24 oct. 1996, JRS/12/96 n° 1340).

- **2<sup>ème</sup> garantie** : Les salariés à temps partiel bénéficient des mêmes droits

que les salariés à temps plein (art. L. 212-4-5) tant

- en ce qui concerne leurs droits individuels (rémunération sur la base du même taux horaire, période d'essai, ancienneté)
- que pour l'exercice de leurs droits collectifs. C'est ainsi qu'ils ne peuvent être exclus du bénéfice des conventions collectives (Cass. Soc. 7 mai 2002, TPD 2002, n226).

- **3<sup>ème</sup> garantie :**

Les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper un emploi à temps complet et les salariés à temps complet qui souhaitent occuper un emploi à temps partiel ont priorité dans leur entreprise, pour les emplois relevant de leurs catégories professionnelles (art. L. 212-4-9).

A noter qu'un salarié n'est pas obligé d'accepter une transformation de son emploi en emploi à temps partiel. Son refus ne constitue ni une faute, ni un motif de licenciement.

## ***Section 2 : Le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail temporaire***

Le Contrat à durée indéterminée (CDI) est la norme juridique et sociale dans le cadre des relations de travail. Mais depuis 20 ans, l'on constate un développement des contrats dits atypiques ou précaires qui illustre la volonté des entreprises d'assurer une gestion plus efficace de l'emploi d'un point de vue économique face à la pression concurrentielle.

Ce phénomène d'éclatement des formes d'embauche est observé dans l'ensemble des pays industrialisés. Il se trouve favorisé par les politiques de l'emploi, dont l'objectif est de réduire le chômage. Ces instruments de précarité sont parfois un passage obligé pour accéder à la norme juridique et sociale : le CDI à temps plein.

Il convient, tout d'abord, de définir les CDD et les CTT (§1). Nous examinerons

ensuite les restrictions à l'utilisation du travail précaire (§2) , la durée (§3) et le statut du travailleur précaire (§4).

### § 1 - Définitions.

Le CDD et l'intérim sont différents dans leur essence même.

#### A. Le CDD.

Un salarié sous CDD est un salarié lié juridiquement par un contrat de travail à son employeur et placé sous sa subordination juridique. Le seul élément distinctif c'est la durée de son contrat.

Le CDD fait l'objet d'une réglementation nationale depuis 1979 mais il a fallu attendre l'ordonnance du 5/2/1982 pour voir qualifier ces contrats de contrats d'exception.

Cette qualification est également retenue au niveau communautaire dans un accord cadre sur le travail à durée déterminé mis en oeuvre par la directive n° 1999/70 du 28/6/1999, transposée en droit interne par la loi de modernisation sociale du 17/1/2002.

- Cette directive affirme que le CDI reste le **modèle de droit commun** et que le recours aux CDD constitue une exception encadrée par cette directive<sup>18</sup>.

Le recours aux CDD est encadré dans notre droit interne.

Il est d'abord très encadré sur le plan formel. L'article L. 122-3-1 du code du travail impose ainsi la rédaction d'un écrit signé par le salarié. A défaut d'écrit, le contrat est présumé être à durée indéterminée (Cass.soc. 8 oct 1987, dr.soc. 1989, 361, note Poulain). Est assimilé à l'absence d'écrit, l'absence de signature du contrat par le salarié , ce qui entraîne une requalification du CDD en CDI (Soc.20/11/2001, Droit social 2002, p773,).

---

<sup>18</sup> Elle se fixe pour objet :

- d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le principe de non discrimination et d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relation de travail à durée déterminée

L'employeur ne peut écarter la présomption légale en apportant la preuve de l'existence d'un CDD verbal. En fait, lorsque le contrat est verbal, seul le salarié est fondé à apporter la preuve que le contrat était un CDD ce qui peut se révéler plus favorable d'un point de vue indemnitaire (Soc. 10/7/2002, TPS 2002, n°295).

Le CDD doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires qui sont les suivantes :

- La désignation précise de son motif
- Le nom et la qualification de la personne remplacée lorsqu'il est conclu pour remplacer un salarié absent
- la date d'échéance du terme et le cas échéant une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis
- lorsqu'il ne comporte pas de terme précis, la durée minimale pour laquelle il est conclu,
- la désignation du poste de travail
- la convention collective applicable
- - le montant et les composantes de la rémunération
- le nom de la caisse de retraite complémentaire

L'absence de certaines mentions obligatoires justifie la requalification du CDD en CDI. Tel est le cas lorsque le contrat ne comporte pas le nom de la personne remplacée nonobstant le fait que le salarié recruté sous CDD en a eu connaissance (soc. 6 mai 1997, D. 1997, IR, 132 ) . Là encore, l'employeur ne peut écarter la présomption légale.

En revanche, l'omission de la convention collective applicable ne peut entraîner la requalification du contrat (soc. 26 oct. 1999 D. 199, IR 265).

## **2. Le contrat de travail temporaire**

Le Contrat de travail temporaire ou contrat de mission, qui figure aux articles L. 124-1 et svts du Code du travail est obligatoirement un CDD même s'il n'a pas un terme précis.

Il présente néanmoins des différences marquées dans la mesure où la relation est triangulaire. En effet, l'intérimaire est juridiquement un salarié de l'entreprise de travail temporaire et n'a aucun lien contractuel avec l'entreprise utilisatrice.

L'intérimaire est mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice par l'entreprise de travail temporaire grâce à un contrat commercial appelé contrat de mise à disposition. Cette possibilité constitue une dérogation exceptionnelle à l'interdiction de principe de la fourniture de main d'oeuvre à but lucratif énoncées par les articles L 125-1 et L 125-3 du code du travail et sanctionnées pénalement (marchand d'hommes).

La relation triangulaire donne lieu à l'établissement de deux contrats.

- Un premier contrat de mise à disposition, conclu par écrit entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice, au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant la mise à disposition.
- un deuxième contrat établi entre l'entreprise intérimaire et le salarié, adressé au salarié au plus tard dans les 2 jours de sa mise à disposition.

S'agissant du contrat de mise à disposition entre les deux entreprises, conclu au titre de l'art. L. 124-3, il comporte un certain nombre de mentions obligatoires :

- le motif de recours à l'intérim avec les justifications précises ; en cas de remplacement d'un salarié, le nom et la qualification du salarié remplacé ;
- le terme de la mission ;
- le cas échéant une clause prévoyant le cas échéant la possibilité de modifier le terme de la mission (art. L. 124-2-4)
- les caractéristiques du poste ;
- la nature des équipements de protection individuelle
- le montant de la rémunération.

Le contrat établi entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié mis à disposition comprend, en vertu de l'art. L. 124-4 les éléments suivants :

- la reproduction de clauses et mentions de l'art. L 124-3 ;
- la qualification du salarié

- les modalités de rémunération dues au salarié y compris celle de l'indemnité destinée à compenser la précarité de la situation.
- La période d'essai éventuelle
- Une clause de rapatriement si la mission s'effectue à l'étranger
- Mention de la caisse de retraite.
- Le contrat doit également mentionner que l'embauche à l'issue de la mission, par l'entreprise utilisatrice, n'est pas interdite.

## **§ 2 - L'utilisation des contrats précaires.**

Tant l'article L122-1 du C.t. pour les contrats à durée déterminée que l'art. L. 124-2 C.t. pour les contrats de travail temporaires, prévoient que l'emploi précaire, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pouvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le législateur a également posé des interdictions de recours aux contrats précaires, des cas limitatifs de recours et enfin des sanctions en cas d'utilisation irrégulière .

### **A. Les cas de recours autorisés aux contrats précaires.**

La liste limitative prévue par l'ordonnance de 1982, brièvement supprimée par l'ordonnance du 11/8/1986 , fût rétablie et élargie par la loi du 12 juillet 1990 qui reprenait un accord national interprofessionnel du 24/3/1990.

Depuis les 3 hypothèses de recours autorisés par l'article L. **122-1-1** C.t. pour les CDD et L. **124-2-1** C.t. CTT sont identiques.

- **1° hypothèse** : Il s'agit du remplacement des salariés absents.

Cette absence peut avoir plusieurs motifs :

- un passage provisoire à temps partiel
- la suspension du contrat de travail ( en raison d'une maladie, d'un accident

du travail, d'une maternité)

- le départ définitif précédant la suppression d'un poste de travail
- en cas d'attente de l'arrivée d'un salarié recruté sous CDI

- **2° hypothèse** : accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise

La formule légale est très générale. Il ne s'agit plus d'un surcroît exceptionnel de sorte que tout surcroît d'activité, régulier ou irrégulier, habituel, occasionnel ou exceptionnel ouvre l'accès aux contrats précaires.

C'est d'ailleurs ce que rappelle la cour de Cassation dans un arrêt récent : il n'est pas nécessaire, ni que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié soit affecté à la réalisation même de ces tâches (Soc 21 janv. 2004, Société de véhicules de Batilly).

La Cour de Cassation avait déjà eu l'occasion de préciser que l'employeur n'est pas obligé d'affecter le travailleur précaire à des tâches liées directement à ce surcroît d'activité (Cass. Soc. 18 fév. 2003, Bull.civ. V n° 57).

Cependant, dès l'instant où un travailleur intérimaire remplace, par glissement interne, un salarié autre que celui effectivement absent, le contrat doit préciser les modalités de ce remplacement et mentionner le nom et la qualification du salarié absent (Crim. 9 oct. 1995, D. 1996, IR, 28).

- **3<sup>ème</sup> hypothèse** : Emplois à caractère saisonnier ou emplois d'usage

S'agissant des premiers, la jurisprudence exige, pour qualifier le travail de saisonnier, que les tâches soient appelées à se répéter normalement chaque année, à des dates à peu près fixes en fonction des saisons ou des modes de vie collectifs (soc. 12 oct 1999, RJS 11/1999, p. 1352).

Les contrats d'usage sont utilisés dans des secteurs où il est d'usage de ne pas recourir aux contrats à durée indéterminée. Ces secteurs sont mentionnés à l'article D.



121-2 et sont d'interprétation stricte. Y figurent notamment :

- le déménagement
- l'hôtellerie et la restauration
- l'audiovisuel
- les spectacles
- le cinéma
- le sport professionnel
- l'enseignement. Mais ne constitue pas un poste par nature temporaire justifiant le recours à un contrat précaire, des enseignements dispensés dans un établissement sans autre interruption que celle des vacances scolaires (soc. 9 avril 1996, RJS 1996, n° 517).

Tant pour l'activité saisonnière que pour l'activité où il est d'usage constant de recourir aux contrats précaires, il faut noter que l'activité visée est toujours l'activité principale de l'entreprise, et non celle du salarié (soc. 25 fév. 1998, Fath, RJS 1998, n° 421 TD).

- **4<sup>ème</sup> hypothèse : chefs d'entreprise et professions libérales**

L'ordonnance du 24 juin 2004 a prévu de remplacer, non plus un salarié, mais un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, ou une personne exerçant une profession libérale. Le texte prévoit que c'est non seulement le chef d'entreprise qui peut être remplacé, mais également son conjoint participant à titre professionnel à l'entreprise, ou encore un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyen ou d'un société d'exercice libéral.

- **5<sup>ème</sup> hypothèse : chef d'exploitation agricole**

La loi du 3 janvier 2003<sup>19</sup> avait déjà prévu le remplacement d'un chef d'exploitation ou d'entreprise agricole, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation ou de leur conjoint dès lors qu'il participe à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation agricole.

---

<sup>19</sup> La loi du 17 juillet 2001 avait déjà ajouté le remplacement d'un pharmacien ou d'un directeur de laboratoire d'analyse

## B – Les interdictions

Certaines interdictions se rapportent à la protection des droits fondamentaux. Ainsi, le code du travail interdit expressément le recours aux contrats précaires dans 2 hypothèses conjointes :

- pour remplacer un salarié en grève (article L. 122-3 pour les CDD et L. 124-2-3 pour les CTT) ;
  - pour des travaux particulièrement dangereux figurant sur une liste établie par arrêté ministériel (article L. 122-3 pour les CDD et L. 124-2-3 pour les CTT).
- La loi du 17 janvier 2002 a ajouté une interdiction pour les CTT : elle concerne l'interdiction de remplacement des médecin du travail (art. L. 124-2-3).

D'autres interdictions tiennent aux circonstances qui entourent le recours aux contrats précaires.

- En particulier, il est interdit de conclure un contrat précaire pour accroissement temporaire d'activité dans les 6 mois qui suivent un licenciement économique, y compris pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable. Cette interdiction s'applique aux postes concernés par ledit licenciement. (art. L. 122-2-1 pour les CDD et L. 124-2-7 pour les CTT)

Cette interdiction connaît 2 exceptions ;

- o la première est liée à la durée du contrat : les contrats inférieurs à trois mois sont autorisés ;
- o la seconde n'est pas limitée dans le temps et est liée à la survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation.

Dans les deux cas cette possibilité est subordonnée à l'information et à la consultation du Comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

D'autres interdictions enfin ont pour objet d'interdire le recours à des contrats précaires successifs.

En vertu des article L. 122-3-11 et L. 124-7, il est interdit de faire des contrats précaires successifs sur un même poste, c'est-à-dire de conclure immédiatement un nouveau contrat précaire pour faire occuper le poste d'un salarié dont le contrat précaire vient de prendre fin.

La conclusion d'un nouveau contrat n'est possible qu'après le respect par l'employeur d'un délai de carence équivalent au tiers de la durée du contrat précédent renouvellement inclus, pour les contrats qui ont duré au moins 14 jours. Par exemple, si le contrat renouvellement inclus était de 3 mois, le délai de carence est de 1 mois.

Si le contrat initial a duré moins de 14 jours, la période de carence est de la moitié au moins. Les jours pris en compte sont les jours d'ouverture.

Cette interdiction vise à éviter que l'employeur ne précarise un emploi qui pourrait être permanent en limitant le recours aux contrats successifs (Soc. 31/10/1989 TD 9 ; Soc. 6/5/1998 Lyons, RJS 1998, n°709, TD 9).

Néanmoins le délai de carence n'est pas applicable (art. L. 122-3-11 et L. 124-7) :

- lorsque le CDD ou le CTT est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié absent en cas de nouvelle absence de ce salarié ;
- lorsque le contrat est conclu pour les travaux urgents ;
- en cas de rupture anticipée due au fait du salarié
- ou de refus, par le salarié, du renouvellement de son contrat.

L'ordonnance du 24 juin 2004 a supprimé le délai de carence :

- pour les emplois à caractère saisonnier et les emplois pour lesquels il n'est pas d'usage de recourir aux CDI
- pour le remplacement d'un chef d'une entreprise industrielle, artisanale ou commerciale ou d'une personne exerçant une profession libérale
- pour le remplacement d'un chef d'exploitation agricole

## C - Les sanctions en cas d'utilisation irrégulière.

Les sanctions pénales de l'article L 152-1-4 ou L . 152-2 (amende de 3750 euros doublée en cas de récidive et/ou peine de prison de 6 mois) ne sont pas adéquates pour le salarié victime et la sanction la plus adaptée reste la requalification du contrat.

Lorsqu'un CDD ou un CTT a été conclu en violation des cas d'utilisation, le contrat sera, à la demande du salarié, réputé à durée indéterminée. Le salarié se verra en outre allouer une indemnité minimale de un mois sans préjudice de ses autres droits (art. L. 122-3-13 CDD et L. 124-7-1 CTT).

Le Code du travail a prévu une procédure accélérée. Lorsque le Conseil des Prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un CDD en CDI, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant la saisine. La décision du Conseil des Prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire.

La demande de requalification du contrat devant le juge ne peut être invoquée par l'employeur dans la mesure où ces dispositions ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation (SOC. 29/11/1989, Vito LONGO c/ LECLERC, RJS 1990 n° 94 ).

Un arrêt de la Cour de cassation le 19 juin 2002 apporte d'intéressantes précisions sur les conditions de rédaction du contrat de mission et en particulier sur la requalification d'un CTT en CDI, et la détermination de la personne contre laquelle cette action peut être dirigée.

La Cour de cassation avait déjà jugé que la requalification en CDI est encourue lorsque le contrat de mission ne comporte pas de signature ou ne comporte pas la reproduction des clauses et mentions obligatoires parmi lesquelles figure le terme de la mission. (Cass. soc. 7 mars 2000, D. 2000, IR p. 110 ; RJS n° 5/00, n° 598 et Cass. soc. 19 avr. 2000, D. 2000, IR p. 160 ; RJS n° 6/00, n° 754).

Dans l'arrêt du 19 juin 2002, les irrégularités commises par l'entreprise de travail temporaire concernaient tant le défaut d'indication, dans le contrat de mission, de la qualification du salarié remplacé (art. L. 124-3 c. trav.) que le non-respect du délai de deux jours pour envoyer au salarié son contrat de mission (art. L. 124-4 ).

La Cour de cassation confirme sa volonté de faire respecter le formalisme des contrats précaires. Elle se prononce surtout sur la recevabilité d'une demande en requalification adressée contre l'entreprise de travail temporaire.

On sait que le code du travail (art. L. 124-7, al. 2, c. trav.) ouvre la possibilité pour le travailleur temporaire de demander la requalification en CDI auprès de l'entreprise utilisatrice, lorsqu'elle continue à le faire travailler après la fin de la mission.

Mais la question posée ici était celle de savoir si une demande peut prospérer contre l'entreprise de travail temporaire. Tout dépend en fait des règles qui ont été violées.

L'entreprise de travail temporaire ne peut pas être sanctionnée pour des faits qui ne relèvent pas de sa responsabilité, comme par exemple lorsque le travailleur temporaire poursuit son activité chez l'utilisateur après le terme de la mission. De manière générale, la demande en requalification contre l'entreprise utilisatrice n'est recevable que lorsqu'elle vise le non-respect de dispositions<sup>20</sup> dont l'entreprise de travail temporaire doit assumer l'application (Cass. soc. 17 juin 1998, RJS n° 11/98, n° 1422).

Rappelons pour finir que la Cour de cassation a décidé que la demande de requalification doit être portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine, même si la mission n'est plus en cours d'exécution (Cass. soc. 7 oct. 1998, Bull. civ. V, n° 410).

---

<sup>20</sup> - art. L. 124-2 à L. 124-2-4 c. trav -

### § 3 - La durée de ces contrats.

**Le terme du contrat doit, en principe, être fixé de manière précise** dans le contrat en visant une durée exprimée en jours (ex 15 jours) , en mois (3 mois), ou de date à date (du 2 janvier au 20 février).

Un contrat précaire ne peut excéder une durée maximale qui est en principe de 18 mois, renouvellement compris (art. L. 122-1-2 pour les CDD et L. 124-2-2 pour les CTT).

Cette durée est ramenée à 9 mois pour les travaux urgents et pour les contrats conclus dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté sous CDI.

Cette durée peut être portée à 24 mois :

- quand le contrat est exécuté à l'étranger ;
- dans le cas du départ définitif d'un salarié précédant la suppression du poste ;
- ou bien pour satisfaire une commande exceptionnelle à l'exportation . Dans ce dernier cas, le contrat doit avoir une durée minimale de 6 mois, et l'employeur doit consulter le comité d'entreprise et, à défaut , les délégués du personnel.

Dans les contrats à terme précis, la clause de renouvellement ne peut jouer qu'une fois, dans la limite de la durée maximale. Par contre, toute clause résolutoire autorisant une des parties à résilier avant terme sera considéré comme nulle (Soc. 16/12/1998, association cercle Saint Pierre, D. Social 1999, p. 397 **TD**).

Certains contrats précaires **peuvent être conclus sans terme précis**. Ainsi :

- en cas de remplacement d'un salarié absent
- dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté en CDI.
- les emplois saisonniers ou les emplois d'usage.
- Pour le remplacement d'un chef d'entreprise industrielle ou d'un personne

- exerçant une profession libérale
- - pour le remplacement d'un chef d'exploitation agricole

Dans ce cas, ils doivent comporter une durée minimale et il a pour terme :

- soit la fin de l'absence de la personne remplacée ;
- soit la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu (L. 122-1-2 pour les CDD et L. 124-2-2 pour les CTT).

#### **D. Le statut du salarié précaire.**

Le salarié précaire bénéficie d'un statut visant à lui accorder des garanties spécifiques aussi bien pendant l'exécution du contrat (1) que dans l'hypothèse de la rupture avant terme du contrat (2).

##### **1) Pendant l'exécution du contrat.**

L'article L 122-3-3 du code du travail affirme le principe d'égalité de traitement entre les salariés sous CDD et les salariés sous CDI pour tous les droits légaux et conventionnels, et notamment pour les rémunérations. Cette règle est en pratique tournée dans la mesure où de nombreux droits des salariés dans les conventions collectives d'entreprise sont liés à leur ancienneté.

Des garanties spécifiques sont accordés aux salariés précaires pendant la période d'essai. L' article L122-3-2, pour les CDD, limite à un mois l'essai pour tout contrat supérieur à 6 mois. En dessous de ce seuil (pour les contrats de moins de 6 mois), l'essai est calculé à raison d'un jour d'essai par semaine de travail dans limite de 2 semaines maximum.

Pour les missions d'intérim la durée de la période d'essai est fixée par l'article L 124-4-1 qui renvoie aux conventions ou accords professionnels de branche étendus ou convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

A défaut, la période d'essai ne peut excéder :

- deux jours pour tout contrat inférieur à un mois,

- trois jours pour les contrats compris entre un et deux mois ;
- et cinq jours au-delà.

Au cours du contrat, l'employeur doit porter à la connaissance des salariés sous CDD et CTT la liste des postes à pourvoir sous CDI (art. L. 122-3-17 et L. 124-23).

A la fin du contrat précaire, le salarié a droit à une indemnité de précarité ou de fin de contrat qui est de **10 % de la rémunération totale brute** depuis la loi du 17 janvier 2002 (art. L. 122-3-4 pour les CDD et L. 124-4-4 pour les CTT).

La loi du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle et le dialogue social prévoit, pour les CDD, qu'une convention collective ou un accord de branche ou d'entreprise peut prévoir de limiter ce versement à hauteur de 6 % dès lors que des contre parties sont offertes en vue d'améliorer la formation professionnelle. Dans ce cas, la convention ou l'accord prévoit dans quelles conditions les salariés sous CDD peuvent suivre, en dehors de temps de travail effectif, une action de développement des compétences (art. L. 122-3-4).

Cette indemnité de précarité n'est pas due dans certains cas :

- Pour les CDD (L. 122-3-4)
  - Pour les emplois à caractère saisonnier ou les emplois d'usage ( sauf disposition conventionnelle plus favorable<sup>21</sup> ) et pour les contrats aidés
  - Dans le cas de contrats conclu avec des jeunes pendant les vacances scolaires ou universitaires
  - En cas de refus du salarié d'accepter un CDI
  - En cas de rupture à l'initiative du salarié ou de faute grave ou de force majeure.
  
- Pour les contrats d'interim (L. 124-4-4)

---

<sup>21</sup> Il faut que la convention collective prévoit expressément que la prime de précarité



- Pour les emplois à caractère saisonnier ou les emplois d'usage si un accord de branche ou d'entreprise le prévoit<sup>22</sup>
- Pour les contrats d'insertion ou de formation
- Si le contrat est rompu à l'initiative du salarié pour faute grave ou force majeure.

## 2. La rupture avant terme du contrat

- La rupture anticipée du contrat à durée déterminé par l'employeur

oblige l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts qui ne peuvent être inférieurs à la rémunération qu'aurait reçu le salarié jusqu'au terme du contrat sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat qui se rajoute (art. L. 122-3-8)

sauf

- . si elle n'est pas fondée sur une faute grave ou lourde du salarié
- . ou sur un commun accord

Les entreprises de travail temporaire bénéficient d'une faveur administrative dans la mesure où elles peuvent mettre fin à un contrat de mission avant son terme à condition de proposer dans les trois jours ouvrables suivant une mission équivalente. (art. L. 124-4 C.t).

- La rupture anticipée à l'initiative du salarié peut aussi causer un préjudice à l'employeur qui pourra demander des dommages et intérêts sauf si la rupture est justifiée par un cas de force majeure, une faute grave de l'employeur et l'accord des parties ou depuis la loi du 17/1/2002 en cas d'embauche en CDI du salarié par un autre employeur.

---

est due.

<sup>22</sup> La différence de rédaction semble ici indiquer que la convention collective doit prévoir l'exclusion de la prime pour les contrats temporaires et les contrats d'usage. Si la convention ne dit rien la prime est due.

### **Section 3 - Les contrats aidés**

Il existe également des contrats d'insertion et de formation. Alors que la formation a pour objectif de faire acquérir un savoir faire, l'insertion a pour objectif de lutter contre l'exclusion, en tentant d'intégrer ou de réintégrer dans la vie économique et sociale des personnes qui en sont exclues (titulaires du RMI, chômeurs de longue durée).

#### **A – Les contrats d'intégration (art. L. 322-4-8)**

Le travail, ou plutôt l'activité, sont une valeur structurante de la société. Par le biais de l'insertion, on va réintégrer dans la vie économique et sociale ceux qui en sont exclus. La fonction sociale d'insertion est assurée plutôt par les entreprises, en échange d'aides ou d'exonérations qui impliquent une relation triangulaire avec l'Etat.

L'insertion passe par la conclusion d'un contrat. A l'origine, on ne parlait pas de contrat de travail (on pense ici au stage d'initiation à la vie professionnelle dans l'entreprise). Puis on a assimilé ces contrats aidés aux contrats de travail.

Aujourd'hui, les politiques d'emploi s'orientent vers la création de contrats spéciaux assortis d'aides et d'exonérations de charges impliquant le concours de l'Etat.

#### **1. le Contrat initiative emploi**

Conclu dans le cadre de l'art. L. 122-2, § 1<sup>23</sup>, du Code du travail, le contrat initiative-emploi à durée déterminée est un dispositif d'insertion qui, en tant que tel, s'écarte du droit commun des CDD. A titre d'exemple, l'art. L. 122-3-4 prévoit expressément que ce type de contrat ne donne pas lieu au versement de l'indemnité de précarité.

---

<sup>23</sup> Le contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée :

1° : Lorsqu'il est conclu au titre de dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi.

Les contrats initiative-emploi, qui relèvent de l'art. L. 322-4-8 issu de la loi Borloo du 18 janvier 2005, sont des contrats destinés à faciliter l'insertion professionnelle, dans le **secteur marchand, ou secteur privé**, des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles d'accès à l'emploi.

Une convention signée entre l'employeur et l'ANPE fixe le montant et la durée de l'aide, les engagements de l'entreprise en matière de formation professionnelle (dispensée par un organisme spécialisé) et éventuellement de tutorat. L'employeur reçoit une aide forfaitaire de l'Etat. Un recrutement sous CIE ne modifie pas les effectifs de l'entreprise.

Le salarié perçoit une rémunération égale au montant du SMIC par le nombre d'heures travaillées. Il bénéficie des conventions et accords collectifs de l'entreprise.

Eu égard à leur particularité, la Cour avait jugé, dans un arrêt du 18 novembre 2003 (Mme Harvoire C/ Sté Saintongeaise du bricolage) que lorsqu'ils sont conclus pour une durée déterminée, qui ne peut excéder 24 mois aux termes de l'art. L. 322-4-4, ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il semble que cette jurisprudence soit toujours d'actualité. Le législateur a d'ailleurs précisé que les règles relatives au renouvellement des CDD n'était pas applicables à ce type de contrat (art. L. 322-4-8 III).

## **2. Les contrats d'accompagnement dans l'emploi (art. L. 322-4-7).**

Ce type de contrat est réservé au secteur **non marchand** : collectivités territoriales, établissements publics ou associations. En revanche, il ne peut être utilisé pour pourvoir des emplois dans les services de l'Etat (Cass.soc. 10 juillet 2002, D.2002, IR, p. 2581) repris à l'art L. 322-4-7.

Le contrat est un contrat de droit privé à durée déterminée destiné aux personnes les

plus éloignées de l'emploi, d'une durée de 6 mois renouvelable 2 fois dans la limite de 24 mois. La durée hebdomadaire du travail ne peut être inférieure à 20 heures.

L'employeur bénéficie d'exonérations de cotisations sociales, dans certaines limites, et de l'aide de l'Etat fixée en pourcentage du SPIC.

La Cour de Cassation a également admis que ces contrats pouvaient correspondre à l'activité normale du service (Cass.soc. 9 déc. 1998, dr.soc. 1999, 145).

### **3. Les Contrats insertion-revenu minimum d'activité (CIRMA) (L. 322-4-15-4 et D 322-22-1)**

Instaurés par la loi du 18 déc. 2003, modifié en 2005, ce contrat à destination des bénéficiaires du RMI, de l'allocation spécifique de solidarité ou de l'allocation de parent isolé. C'est un contrat à durée déterminé qui peut être à temps partiel (art. L. 322-4-15-4). Il peut être renouvelé 2 fois dans la limite de 18 mois.

### **4. Les contrats d'avenir (art. L. 322-4-10 et svts C.t.)**

Institués par la loi Borloo du 18 janvier 2005, ils sont destinés à faciliter l'insertion sociale et professionnelle des personnes bénéficiant du RMI ou de l'allocation spécifique de solidarité ou de l'allocation de parent isolé. Il s'agit ici de personnes en grandes difficultés. Il constitue en quelque sorte le pendant du Contrat insertion revenu minimum d'activité (CIRMA) mais pour le secteur non marchand.

Les contrats d'avenir portent sur les emplois visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits. Ils prennent la forme de CDD et s'adressent en priorité aux collectivités territoriales, aux personnes morales chargées d'un service public, aux associations d'insertion.

Préalablement à l'embauche, l'employeur doit adresser une demande de convention au président du Conseil général ou au maire de la commune de résidence du bénéficiaire

de l'allocation ou à l'ANPE (art. R. 322-17-4 C.t.) Cette convention doit compter une série d'information qui figurent à l'art R. 322-17-5 C.t.)

## **B. Les contrats destinés à favoriser l'emploi des seniors**

Le décret n° 2006-1070 du 28 août 2006 crée le CDD senior, figurant aux articles D. 322-24 à 26 du Code du travail.

Le CDD s'adresse aux personnes d'au moins 57 ans inscrites depuis plus de trois mois comme demandeur d'emploi.

Il peut être conclu pour une durée maximale de 18 mois. Il peut être renouvelé une fois dans la limite de 36 mois.

## **C. Les contrats destinés à favoriser l'emploi des jeunes**

### **1. Contrats d'insertion dans la vie sociale (CIVIS) (D. 322-10-5)**

Un décret du 14 mars 2005 (n° 2005-241- supprime les CUS (emplois d'utilité sociale) pour ne plus évoquer que les Civis (accompagnement vers l'emploi)

Ces contrats peuvent être conclus en faveur des jeunes de 16 à 25 ans révolus. Leur durée est de 1 an renouvelable une fois au plus un an et uniquement « si l'objectif d'insertion professionnelle n'est pas atteint ».

### **2. Les contrats jeunes en entreprise (L. 322-4-6)).**

Issus de la loi du 29 août 2002, ces nouveaux contrats jeunes en entreprise, créés à l'initiative du gouvernement Raffarin, ont pour objectif d'insérer dans l'entreprise les jeunes de 18 à 22 ans ayant un faible niveau de formation. La loi Borloo élargit le public concerné aux jeunes de 16 à 25 ans.

Le contrat conclu doit être un contrat à durée indéterminée. Ce peut être un CNE.

Le montant de l'aide versée à l'entreprise peut désormais varier en fonction de la date

de conclusion du contrat.

**3. La loi n° 2006-457 du 21 avril 2006** sur l'accès des jeunes à la vie active substitue au Contrat Première Embauche (CPE) un dispositif étendant et approfondissant les deux instruments précédents.

## **D. Les contrats de formation en alternance**

### **1. Le contrat d'apprentissage**

L'apprentissage a pour but de faire acquérir une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme dans le cadre d'une formation initiale en alternance. (Art. 115-1 et L. 117-1 du C.t).

Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail écrit à durée déterminée, par lequel l'employeur fourni à l'apprenti un travail et une formation relayant le centre de formation, sous la responsabilité d'un tuteur. Véritable salarié en dépit du particularisme de son statut, l'apprenti a vocation à bénéficier de l'ensemble des règles de droit commun.

La rémunération est fixée en pourcentages du SMIC.

Désormais, avec la loi Borloo, il devient possible de conclure un contrat d'apprentissage pour une durée variant entre six mois et un ans (C.trav. art. L. 115-2, al 4 et s.).

Selon l'article L. 117-17 du code du travail, la résiliation du contrat d'apprentissage exécuté depuis plus de deux mois ne peut intervenir que sur accord exprès et bilatéral des cosignataires ou, à défaut, être prononcée par le conseil de prud'hommes :

- en cas de faute grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations,
- ou en raison de l'inaptitude de l'apprenti à exercer le métier auquel il voulait se préparer ;

Jugé que la rupture par l'employeur d'un contrat d'apprentissage, hors des cas prévus par l'article L. 117-17 du code du travail est sans effet ; dès lors, l'employeur est tenu, de payer les salaires, soit jusqu'au jour où le juge statue sur la résiliation soit, s'il est parvenu à expiration entre temps, jusqu'au terme du contrat (Cass.soc. 16 oct 2002, Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence p. 576).

## **2. Le contrat de qualification et de professionnalisation**

Le contrat de professionnalisation de l'article L. 981-1, a été introduit par la loi du 4 mai 2004. Il s'agit de CDD de 6 mois à deux ans qui sont offerts aux jeunes de 16 à 25 ans mais également aux demandeurs d'emplois.

Ces contrats de professionnalisation associent des enseignement dispensés par des organismes publics ou privés et l'acquisition d'un savoir faire dans l'entreprise. L'employeur s'engage à assurer une formation avec tutorat ainsi qu'un emploi pendant la durée du contrat.

En conclusion, au de la de la diversité des formules, on remarquera, d'une part que ces contrats sont souvent par essence transitoires et, d'autre part, que ces contrats tendent à forger un nouveau concept de l'entreprise formatrice dans la société.

## **E. Le contrat de volontariat associatif**

C'est la loi n° 2006-586 du 23 mai 2006 qui créé le contrat de volontariat associatif. Ce contrat est réservé aux associations et fondations reconnues d'utilité publique.

Ce contrat permettra la professionnalisation de bénévoles. Il se situe entre le salariat et le bénévolat totalement désintéressé. Le contrat a pour objet de permettre l'accomplissement d'une mission d'intérêt général revêtant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire.... En contre-partie d'une indemnité n'ayant pas le caractère d'une rémunération et dont une partie pourra être versée sous forme de prestation en nature.

## **F. Les conventions de stage en entreprise**

Aux termes de l'article 9 de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, les stages en entreprise ne relevant

- ni des dispositions de l'art. L 211-1 C.tr.
- ni de la formation professionnelle continue

font l'objet d'une convention entre

- le stagiaire
- l'entreprise d'accueil
- et l'établissement d'enseignement.

Les modalités de cette convention sont fixées par un décret n° 2006-1093 du 29 août 2006. Il est indiqué que le stagiaire bénéficie d'une « gratification ».



## Chapitre V : Les obligations réciproques des parties

L'un des phénomènes les plus marquants ces dernières années et celui de l'imprégnation des libertés et des droits fondamentaux dans la relation de travail.

Cette prise en compte a été largement suscitée par le développement de formes nouvelles d'atteintes potentielles, dont certaines sont liées aux facilités d'investigation et de contrôle de l'activité (cyber surveillance, vidéo surveillance, appel à distance, gestion informatisée etc...).

L'objectif premier a été de limiter le pouvoir patronal, ou d'atténuer ce qu'il avait d'exclusif. La loi du 4 août 1982 sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise a tenté de jeter les bases d'un modèle, celui du travailleur citoyen.

Bien évidemment, l'état de subordination implique une réduction de l'espace de liberté. L'équilibre est à rechercher entre, d'une part le respect des libertés individuelles (auxquelles on ajoutera les droits de la personnalité et le respect de la vie privée), et d'autre part les prérogatives de l'employeur nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise.

On sait que la plus grande innovation est venue de l'art. L. 120-2 C. t. issu de la loi du 31 déc. 1992 qui énonce « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

En d'autres termes, toute restriction apportée aux libertés doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Plus radicalement, et dans un autre ordre d'idée, on a vu qu'une tendance forte consiste à *lutter contre les discriminations*. « Aucune personne ... » ne doit subir de discrimination et l'article L. 122-44 fournit une liste impressionnante de causes de

discriminations.

Une dernière tendance vise à assurer la protection de la santé et de la dignité de la personne humaine, y compris dans les relations entre les salariés, ce qu'illustre la nouvelle législation en matière de harcèlement moral.

## **§ 1 – les obligations à la charge de l'employeur**

### **A – Une obligation de sécurité de résultat**

La notion « d'emploi sain » ne permet pas de dissocier la santé physique de la santé mentale. D'ailleurs, le plan « Santé au travail » qui couvre la période 2005-2009, du Ministère de l'emploi, du Travail et de la cohésion sociale, a prévu expressément de mobiliser les services de santé au travail pour mieux prévenir les risques physiques et psychosociaux.

L'obligation de sécurité est destinée à protéger la vie et l'intégrité corporelle d'un contractant. Elle est apparue en 1911 à propos des contrats de transport puis elle s'est étendue à de nombreux contrats. On la trouve dans tous les contrats où la sécurité de la personne doit être assurée par le cocontractant et notamment dans le contrat de travail.

L'article L. 230-2 du Code du travail, issu de la loi ° 91-1414 du 31 décembre 1991, modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail met à la charge de l'employeur l'obligation générale de « *prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs dans l'établissement* ».

La Cour de Cassation, sous l'influence d'une évolution législative persistante en matière

d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail due notamment à l'exposition dangereuse des salariés et plus particulièrement des ouvriers aux risques technologiques et chimiques, a procédé à une consécration qualifiée par certains auteurs de révolution jurisprudentielle.

En effet, par 5 arrêts du 28 février 2002, la Cour de Cassation, examinant une série de dossiers portant sur des demandes d'indemnisation consécutives à des maladies professionnelles dues à la contamination par l'amiante, met à la charge de l'employeur une obligation de sécurité conçue comme une obligation de résultat dont le manquement a le caractère d'une faute inexcusable.

En affirmant, le 28 février (RJS 2002, n° 618) « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par son salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise, que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du C.S.S., lorsque l'employeur avait ou aurait du avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ».

Désormais, la faute inexcusable est caractérisée dès lors que l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et n'a pas pris les mesures pour l'en préserver.

Le 11 avril 2002, (RJS 6/02 n° 727), la Chambre sociale a transposé aux accidents du travail cette définition de la faute inexcusable. Le simple manquement à cette obligation de sécurité, formulée en filigrane dans l'article L. 230-2 du C.t. établit la faute inexcusable de l'employeur.

Le juge veille désormais à ce que l'employeur assure la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. L'obligation de sécurité-résultat doit être effective (Cass.soc. 28 fev. 2006, n° 05 41555 qui impose à l'employeur d'organiser la visite médicale de reprise).μ

Elle apparaît également dans le lutte contre le tabagisme (cass.soc. 29 juin 200, n° 03 44412).

*« Et attendu que la cour d'appel a relevé que l'employeur, malgré les réclamations de la salariée, s'était borné à interdire aux autres salariés de fumer en sa présence et à apposer des panneaux d'interdiction de fumer dans le bureau à usage collectif qu'elle occupait ; qu'elle en a exactement déduit que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise, n'avait pas satisfait aux exigences imposées par les textes précités et a, en conséquence, décidé que les griefs invoqués par la salariée à l'appui de sa prise d'acte justifiaient la rupture du contrat de travail, de sorte qu'elle produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;*

## **B - Le respect de la dignité humaine : le harcèlement moral**

Le concept de dignité humaine, auquel fait référence la loi française, n'est pas nouveau puisqu'on le trouve dans l'article 1er de la déclaration universelle des droits de l'homme.

La Charte sociale européenne révisée, du Conseil de l'Europe, contient un article 26 relatif au droit à "la dignité au travail". Si le § 1er est consacré au harcèlement sexuel, le § 2 a trait incontestablement aux situations de harcèlement moral. En vue de promouvoir la dignité des travailleurs, les parties s'engagent « à *promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le lieu de travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements* ».

En Europe , 8 à 10 % des travailleurs signalent avoir été victimes de violence, de

harcèlement ou d'intimidation<sup>24</sup> et près de 30 %<sup>25</sup> se plaignent du stress dans leur vie professionnelle<sup>26</sup>.

De plus en plus de voix s'élèvent aujourd'hui pour préconiser une autre forme de gestion, plus responsable, dans le droit fil de la « responsabilité sociale des entreprises »<sup>27</sup>. Il est temps de promouvoir un nouveau concept, celui du droit à un « emploi sain », comme on reconnaît aujourd'hui de plus en plus largement le droit à un « environnement sain ».

En France les risques psychosociaux ne sont pris en compte qu'à travers une forme particulière d'atteinte à la santé mentale : le harcèlement moral. Encore avons-nous pris conscience relativement tardivement de ce phénomène<sup>28</sup> lorsque l'on sait qu'en Suède, des dispositions visant à lutter contre le harcèlement moral<sup>29</sup> existent dans les textes depuis 1977<sup>30</sup>. Sans doute l'ouvrage de M.F. Hirigoyen en 1999<sup>31</sup> sur cette question a-t-il contribué à réveiller les consciences<sup>32</sup>. Les nombreuses conférences et reportages

---

<sup>24</sup> Enquête sur les conditions de travail, 2000, Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail.

<sup>25</sup> Ce chiffre correspond également à l'enquête réalisée par la Fondation européenne de Dublin pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, qui énonce que 29 % des salariés –contre 20 % il y a 15 ans- se plaignent du stress dans leur vie professionnelle

<sup>26</sup> Cf. E. BRESSOL, « Organisation du travail et nouveaux risques pour la santé des salariés », Conseil économique et social, Avril 2003, II, 67.

<sup>27</sup> Commission européenne, un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, Luxembourg, O.P.C.E. 2001.

<sup>28</sup> Avis adopté par le Conseil économique et social au cours de sa séance du 11 avril 2001 sur le harcèlement moral, rapporteur M. Debout.

<sup>29</sup> Le texte prend en compte les « blessures psychologiques » mais exclut « les blessures de nature psychique ou psychosomatique faisant suite à une fermeture d'entreprise, à un litige professionnel, à une sous-évaluation du travail à fournir par l'assuré, à un malaise lié à sa mission professionnelle ou à ses collègues ». Il a été complété en 1994 par un décret définissant le harcèlement comme « les actions répétées et répréhensibles ou nettement négatives qui sont dirigées contre des employés d'une manière offensante et qui peuvent conduire à leur mise à l'écart de la communauté sur le lieu de travail ».

<sup>30</sup> Le Nouvel Observateur n° 1842, 24 fév. 2000, p. 34.

<sup>31</sup> M.F. Hirigoyen, Harcèlement moral, la violence au quotidien, Ed. Syros, 1999.

<sup>32</sup> Le harcèlement moral en entreprise y est défini comme : « toute conduite abusive

qui ont depuis lors été consacrés à ce thème, ont permis de révéler que le silence des victimes était en parti dû à l'inadéquation des règles juridiques.

C'est finalement la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui va intégrer les dispositions relatives au harcèlement moral dans le code du travail. Ces dispositions, qui saisissent des situations de harcèlement, ne permettent toutefois pas d'appréhender les questions liées au stress dans l'entreprise, en particulier lorsque celui-ci résulte d'une forme organisationnelle de l'entreprise.

Nous nous nous proposons d'examiner l'état de la protection juridique de la santé mentale des salariés avant de dresser le tableau des sanctions relatives à ces atteintes.

## **1° – La protection juridique de la santé mentale des salariés**

Nous l'avons dit, la protection juridique du salarié harcelé passe aujourd'hui essentiellement par la défense du salarié harcelé sur le plan moral, que cette défense soit d'ordre individuel ou collectif.

### **a – La défense du salarié harcelé moralement, au plan individuel**

L'article L. 122.49 du Code du travail prévoit qu' « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

Cette définition permet de dégager plusieurs composantes<sup>33</sup>.

---

se manifestant par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits unilatéraux de nature à porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité psychique d'une personne, à mettre en péril son emploi ou à dégrader le climat de travail ».

<sup>33</sup> F. TAQUET, Harcèlement moral, une réglementation à rebondissement, les cahiers du DRH, 2003, n° 77, 14.03.2003.

En premier lieu, il est nécessaire que le harcèlement ait trait aux « conditions de travail » et que les agissements présentent un caractère répétitif. Caractérisent ainsi un harcèlement moral les faits répétés d'un employeur de cantonner une salariée embauchée en qualité de coiffeuse à des tâches de nettoyage et de tenue de caisse de manière à l'exclure des fonctions pour lesquelles elle avait été recrutée. L'employeur justifiait ces mesures par le comportement désagréable de la salariée face à la clientèle<sup>34</sup>.

De même, constitue un harcèlement moral le fait de retirer sans motif à sa salariée l'usage de son téléphone portable et de l'obliger à se présenter quotidiennement devant sa supérieure hiérarchique. En outre, l'intéressée s'était vue attribuer des tâches sans rapport avec ses fonctions<sup>35</sup>.

Il n'est pas nécessaire que le harcèlement émane d'un supérieur hiérarchique. En d'autres termes, la reconnaissance du harcèlement moral est possible, qu'elle émane de l'employeur, d'un supérieur hiérarchique ou d'un simple collègue.

Quant aux effets du harcèlement, ils peuvent porter atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, altérer sa santé physique ou mentale ou compromettre son avenir professionnel.

Ainsi, les juges vont constater :

- que la conjonction et la répétition des faits ont entraîné chez la salarié un état dépressif médicalement constaté nécessitant des arrêts de travail<sup>36</sup> ;
- ou bien encore soulignent la particulière faiblesse de la salariée par ailleurs dépressive car atteinte d'une longue maladie<sup>37</sup>
- ou bien relèvent que la détérioration grave et rapide des conditions de travail du

---

<sup>34</sup> CA, Paris, 18ème ch., D. 9 sept. 2003, n° 02/38210, semaine Sociale Lamy, 2004, n° 1179 Supplément, 26-07-2004.

<sup>35</sup> Cass.soc. 27 oct. 2004, n° 04-41.008, Semaine Sociale Lamy - 2004 - n°1179 Supplément - 26-07-2004.

<sup>36</sup> Cass.soc. 27 oct. 2004, n° 04-41.008, Semaine Sociale Lamy - 2004 - n°1179 Supplément - 26-07-2004.

salarié est à l'origine de son interruption temporaire puis définitive d'activité puis de son inaptitude à tout poste au sein de l'entreprise conduisant à la rupture de son contrat de travail<sup>38</sup>.

Il n'est pas nécessaire toutefois que la dégradation des conditions de travail se manifeste par l'un de ces effets. Il suffit que les actes de harcèlement aient été susceptibles de les provoquer.

L'article L. 122-52 qui traite de la preuve a été modifié en 2003<sup>39</sup>. Dans un premier temps, le salarié concerné doit établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

Dans un second temps, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Comme auparavant, le juge formera sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il juge utiles.

Ainsi, la victime doit-elle désormais faire état de faits précis qui doivent constituer un faisceau d'indices suffisamment concordants et sérieux pour pouvoir conclure à la réalité du harcèlement. A charge pour l'agresseur d'apporter la preuve contraire.<sup>40</sup>

## **b . La défense du salarié harcelé moralement, au plan collectif**

- **De nouvelles missions pour les institutions représentatives du personnel**

---

<sup>37</sup> CA Paris, 18<sup>e</sup> ch., sect. D, 10 sept. 2002, n° 02/31245.

<sup>38</sup> CA Versailles, 17<sup>e</sup> ch. soc., 5 juin 2003, n° 02/02861, Semaine Sociale Lamy - 2004 - n°1156 Supplément - 16-02-2004.

<sup>39</sup> Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, art. 4.

<sup>40</sup>F. TAQUET, Harcèlement moral, une réglementation à rebondissement, les cahiers du DRH, 2003, n° 77, 14.03.2003.



Il existe, dans le Code du travail, **un droit d'alerte au profit des délégués du personnel**, inspiré de celui existant en matière d'hygiène et de sécurité du travail.

Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, et notamment à leur santé physique et mentale<sup>41</sup>, qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée aux buts recherchés, il en saisit immédiatement l'employeur.

Celui-ci est tenu de procéder sans délai à une enquête et de prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation.

En cas de carence de l'employeur, le salarié, ou le délégué –après accord exprès du salarié- saisit le bureau de jugement du Conseil des prud'hommes qui statue en la forme des référés. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser l'atteinte et assortir sa décision d'une astreinte<sup>42</sup>.

Le Comité d'entreprise et le Comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail doivent être particulièrement attentif au règlement intérieur qui leur est soumis pour avis<sup>43</sup>.

Le Comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail, dont la mission consiste à protéger la santé physique des salariés, se voit en effet désormais investi de la protection de leur santé mentale<sup>44</sup>. Le comité pourra proposer des actions de prévention dans le cadre du harcèlement moral.

---

<sup>41</sup> Ou aux libertés individuelles dans l'entreprise

<sup>42</sup> Article L. 422-1-1. du Code du travail.

<sup>43</sup> Article L. 122-36 du Code du travail : « le Règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, à l'avis des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du Comité d'hygiène et de sécurité.

<sup>44</sup> Article L. 236-1 du Code du travail : Le CHSCT a pour mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des salariés de l'établissement et de deux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires...

En particulier, l'article L. 236-9 du Code du travail lui permet de faire appel à un expert, soit en cas de projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, soit lorsqu'un risque grave, révélé ou non par accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnelle est constaté dans l'établissement.

Dans les deux cas, les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur qui peut le cas échéant contester « la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, cette contestation (étant) portée devant le tribunal de grande instance statuant en urgence<sup>45</sup> mais au fond<sup>46</sup>.

Dans un arrêt du 24 novembre 2004, la Cour d'appel de Versailles<sup>47</sup> vient de valider cette procédure dans le cadre d'une affaire d'atteinte à la santé mentale des salariés.

En l'espèce, l'expert avait reçu pour mission d'

- « identifier et caractériser les situations individuelles et collectives entraînant une dégradation du travail et une souffrance au travail ;
- rechercher et analyser, dans l'organisation du travail, la gestion des ressources humaines, les méthodes d'encadrement, les facteurs déterminants des dégradations des conditions de travail et des manifestations de souffrance au travail ;
- aider le CHSCT à avancer des propositions de prévention et d'amélioration des conditions de travail et de santé des salariés du site ».

L'employeur ainsi que la présidente du CHSCT avaient saisi le président du Tribunal de

---

<sup>45</sup> Article L. 236-9 IV du Code du travail et R. 236-14 : le président du TGI est saisi et statue « en la forme des référés ». Il ne s'agit donc pas d'une ordonnance de référé mais d'une ordonnance rendue en la forme des référés.

<sup>46</sup> TGI Versailles, 16 déc. 2004 n° 01767, Sté Renault Agriculture « La procédure se déroule comme une procédure de référé quant au mode de saisine du tribunal, aux modes de comparution ou de représentation des parties et aux débats de l'audience mais (...) le président du tribunal statue au fond ».

<sup>47</sup> CA Versailles, 14e ch., 24 nov. 2004, n° 07486, SA Maif ; Semaine Sociale Lamy - 2005 - n°1203 - 21-02-2005, jurisprudence.

grande instance de Nanterre afin de voir juger que « *cette expertise n'est pas nécessaire et de prononcer l'annulation de la délibération du CHSCT du 18 mars 2004 réitérée le 27 mai 2004 en réunion extraordinaire* ».

Ils seront déboutés par le TGI de Nanterre, suivi par la Cour d'appel de Versailles.

Selon la Cour d'appel, la situation de tension chronique extrême constitue un risque grave pour la santé et la sécurité des salariés. Pour les juges versaillais, « *cette situation, génératrice de troubles chez plusieurs salariés, constitue un risque grave pour la santé et la sécurité dûment constaté, au sens de l'article L. 236-9 du code du travail ; Que c'est à bon droit que le CHSCT a décidé de recourir à la mesure expertale prévue par ce texte* » ;

C'est la première fois que la notion de risque grave au sens de l'article L. 236-9 du Code du travail est assimilée à la santé mentale ce qui devrait ouvrir bien des perspectives, en particulier au regard du droit de retrait.

En effet, l'article L. 231-8 du Code du travail autorise le salarié à se retirer d'une situation dangereuse lorsqu'il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé.

Remarquons que les syndicats représentatifs dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent des dispositions relatives au harcèlement moral et sexuel en faveur d'un salarié de l'entreprise, dès lors qu'ils justifient d'un mandat écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment<sup>48</sup>. (art. L. 122-53 C.t)

Signalons enfin que les institutions représentatives du personnel peuvent désormais, au titre de l'article L. 122-54<sup>49</sup> du Code du travail, participer à la médiation qui peut être

---

<sup>48</sup> Article L. 122-53 du Code du travail.

<sup>49</sup> Une procédure de médiation peut être envisagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral. Elle peut être également mise en oeuvre par la personne mise en cause. Le choix du médiateur fait l'objet d'un accord entre les parties.

envisagée par toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral comme par la personne mise en cause.

- **Un nouveau rôle pour l'inspecteur du travail**

Le médecin du travail est désormais habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes si elles sont justifiées notamment par l'état de santé physique et mentale des travailleurs.

En tout état de cause, l'ensemble de ces mesures ne sont susceptibles d'être efficaces que parce qu'elles permettent de sanctionner les auteurs de ces troubles.

## **2°– Les sanctions des atteintes à la santé mentale des salariés**

Les sanctions sont de trois types, les sanctions civiles, les sanctions disciplinaires et les sanctions pénales.

### **a– Les sanctions civiles des atteintes à la santé mentale**

D'une part, le Code du travail organise l'illégalité de toute décision consécutive à un harcèlement moral,  
d'autre part la jurisprudence permet au salarié harcelé de prendre l'initiative de la rupture.

- **L'illégalité de la décision consécutive à un harcèlement moral**

---

Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties, il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement.

En cas d'échec de la conciliation, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

L'article L. 122-49 du C.t. énonce qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, de manière directe ou indirecte, {notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat }*

*Ø pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements de harcèlement*

*Ø ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.*

*Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est **nul de plein droit** »<sup>50</sup>.*

Ainsi, la loi considère comme nul de plein droit toute rupture du contrat, toute disposition ou tout acte contraire aux interdictions qu'elle pose. Cette formule bien entendu toutes les décisions individuelles prises à l'encontre du salarié.

En droit du travail, la nullité de plein droit d'une mesure patronale est la marque des transgressions les plus graves des atteintes aux droits fondamentaux des salariés. Les conséquences de la nullité sont importantes puisque la nullité implique, en principe, l'effacement rétroactif de la décision patronale.

- **La rupture du contrat imputée à l'employeur**

Dans la pratique, lorsque les relations salariales sont très dégradées, le salarié peut saisir le Conseil des Prud'hommes aux fins d'obtenir la résiliation judiciaire du contrat de travail. Celle-ci peut également être demandée sous forme de référé prud'homal si les conditions d'urgence le justifient (art. R. 516-30 C.t).

Ainsi, le Conseil des prud'hommes de Rouen<sup>51</sup> décide , le 21 mars 2002, que doit être prononcée aux torts de l'employeur, la résiliation judiciaire du contrat de travail d'un salarié atteint d'une dépression nerveuse en raison du harcèlement moral infligé par un de ses supérieurs qui, sans raison, s'est opposé, pendant de nombreuses années, à ses demandes de promotion.

---

<sup>50</sup> Article L. 122-49 du Code du travail.

<sup>51</sup> Cons. Prud. Rouen, 21 mars 2002, Grandcolas ép. Maguin c/Drass Rouen, jp.

A noter que, lorsque la résiliation judiciaire du contrat de travail a été prononcée aux torts de l'employeur, le licenciement postérieur notifié par ce dernier est sans effet (Cass.soc. 5 avril 2005, pourvoi n° 02-46634)..

La Cour de Cassation confirme, dans un arrêt du 26 janvier 2005 que « l'employeur a eu, à l'égard de son salarié, une attitude répétitive constitutive de violences morales et psychologiques qui permettaient au salarié de rompre son contrat de travail et d'en imputer la rupture à l'employeur » (Cass.soc. 26 janvier 2005, pourvoi n° 02-47296) .

La démission peut également être requalifiée en licenciement par les juges lorsque les circonstances sont équivoques. Tel est le cas de l'officier de marine marchande, engagé en qualité de lieutenant, « qui a refusé d'exécuter un ordre (prendre un sceau et nettoyer avec l'équipage) et a demandé son débarquement. La Cour d'appel est sanctionnée pour n'avoir pas recherché quelles étaient les tâches incombant au salarié, compte tenu de sa qualité de lieutenant<sup>52</sup> .

Dans un arrêt du 21 juin 2006 (N° 0543914), la Cour de cassation va également juger qu'engage sa responsabilité personnelle à l'égard des autres salariés le directeur d'une association qui s'est livré à « une pratique de harcèlement moral généralisée entraînant une dégradation des conditions de travail, une atteinte aux droits des personnes et à leur dignité ainsi qu'une altération de la santé physique et morale de certains salariés »

La Cour de Cassation rend également l'employeur, c'est-à-dire l'association, responsable à côté du salarié. La Cour rappelle « *que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité* ».

---

Soc.Lamy, 2002, n° 113 –10-12-2002.

<sup>52</sup> Cass.soc. 8 décembre 2004, pourvoi n° 03-40025 M. Hernan Camara Meneses c/sté Comapêche.

## **b. La sanction disciplinaire du harceleur**

Le Code du travail énonce qu'est passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements de harcèlement sexuel ou moral (art. L. 122-47 C. t).

Le texte vise donc à sanctionner les agissements de harcèlement moral émanant d'autres salariés de l'entreprise. Il faut souligner qu'en droit du travail il est exceptionnel que des textes désignent certains comportements comme étant constitutifs de faute disciplinaire.

La loi constitue ici un moyen de susciter une prise de conscience de la nocivité du harcèlement moral dans l'entreprise. Le texte a donc avant tout une finalité pédagogique.

L'insertion dans le règlement intérieur des dispositions relatives au harcèlement sexuel et moral devrait contribuer à renforcer l'effet préventif recherché par la loi.

En vertu de l'article L. 122-48, il appartient à l'employeur de déterminer la sanction adéquate. Celle-ci peut aller, dans l'échelle des sanctions, du blâme, jusqu'au licenciement pour faute grave, en passant par l'avertissement, la mise à pied etc...

Ainsi est validé le licenciement d'un salarié harceleur, chef d'orchestre de son état, dont le comportement à l'égard des musiciens était devenu « de plus en plus intolérable au fil des années ». La Cour ajoute que du fait de ces agissements, il en était résulté une « dégradation des conditions de travail », les salariés victimes étant dans l'angoisse permanente, certains ayant été poussés « jusqu'aux larmes » par le salarié. (CA, Toulouse, 4 juill. 2002, n° 01-2799, Jurisprudence Sociale Lamy - 2003 - n°116 - 28-01-2003).

Pour autant, on notera que la Cour de Cassation refuse d'assimiler l'exercice du pouvoir disciplinaire à du harcèlement moral. Dans une affaire où un chauffeur de taxi avait « baptisé » harcèlement moral le fait que son employeur lui inflige deux sanctions disciplinaires –certes irrégulières- en l'espace d'un mois et quatre jours, la Cour de

Cassation rétablit les choses en rappelant que « l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire ne caractérisait pas à lui seul un harcèlement moral »<sup>53</sup>.

Il en est de même pour une conductrice qui avait été réaffectée plus près de chez elle en raison d'un handicap et considérait cette mesure, fruit de la recommandation du médecin du travail, ajoutée à deux sanctions disciplinaires, comme du harcèlement moral (Cass. soc., 6 octobre 2004, n° 03-47-759, Jp sociale Lamy, 2004, n° 156 – 23-11-2004).

### c. Les sanctions pénales des atteintes

La loi a introduit une nouvelle incrimination à l'article L. 222.32.2 du Code pénal en ces termes : "le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de **15 000 euros** d'amende".

Caractérise le délit de ▲harcèlement▼ ▲moral▼ la cour d'appel qui relève que des salariées ont fait l'objet d'insultes, de reproches devant témoins, d'ordres humiliants ou encore de mesures d'organisation entraînant de fréquents dépassements d'horaires, ces agissements répétés ayant eu pour conséquence une dégradation des conditions de travail qui s'est traduite par une altération de la santé mentale des intéressées, attestée par des constatations médicales. (Cass. crim., 6 sept. 2006, no 05-87.134 ) D

## B – Le respect des libertés fondamentales

La bonne foi joue un rôle régulateur de rééquilibrage du contrat. Nul doute qu'elle s'adresse d'abord à l'employeur. Conçue d'abord comme une obligation passive « de ne pas faire » elle a évolué pour acquérir un contenu positif, comme celui d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi ou de leur fournir une information adéquate sur les conditions de travail.

---

<sup>53</sup> Cass.soc., . 16 juin 2004, n° 02-41.795. Jp sociale Lamy, 2004, n° 156 – 23-11-



Mais la tendance générale aujourd'hui est ce se détacher d'une approche purement contractuelle pour se situer sur le terrain de la violation d'une liberté. Tel est le cas pour **la protection de la vie privée** (art. 8 de la convention EDH ou 9 C.civ.).

C'est en se fondant sur l'art. L. 120-2, en vertu duquel « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » que les juges vont examiner si l'employeur porte atteinte à la vie privée.

S'agissant de la protection de la vie privée dans le cadre de l'entreprise, c'est dans un célèbre arrêt NIKON que la Cour de Cassation a jugé que l'employeur n'a pas le droit de consulter les courriers personnels, émis ou reçus par le salarié, au moyen de son ordinateur personnel, y compris lorsque l'utilisation non professionnelle de ce dernier a été interdite (Cass.soc. 2 oct. 2001, Nikon).

Dans cet arrêt, la Cour de Cassation, s'appuyant sur l'art. 8 de la Conv. EDH, sur l'art. 9 du Code civil et l'art L. 120-2 C.t. énonce que « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances* ».

Elle va réitérer sa position dans un arrêt Cathnet du 17 mai 2005 (n° 03.40.017). M. K., engagé en 1995 comme dessinateur par la société Nycomed Amersham Medical Systems, devenue la société **Cathnet** Science, a été licencié pour faute grave au motif que, à la suite de la découverte de photos érotiques dans un tiroir de son bureau, il avait été procédé à une recherche sur le disque dur de son ordinateur qui avait permis de trouver divers dossiers totalement étrangers à ses fonctions, figurant notamment sous un fichier « perso ».

La Cour de cassation reprend sa jurisprudence Nikon :

*« , sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ;*

*La Cour relève également qu'en l'espèce « l'ouverture des fichiers personnels, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou événement particulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ;*

Dans deux arrêts du 18 octobre 2006 (n° 04 48 025 et 04 47 400 Semaine Sociale Lamy - 2006 - n°1280 30-10-2006), la Cour va tenter d'identifier les documents personnels et ceux qui appartiennent à l'entreprise. ».

Dans un premier arrêt, elle affirme que *« les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».*

Il apparaît ainsi que c'est au salarié lui-même d'identifier les dossiers auxquels il souhaite conférer un caractère personnel . En l'absence d'indications spécifiques, on ne saurait reprocher à un employeur (de bonne foi) d'avoir ouvert un dossier privé par erreur, faute d'indications explicites du salarié.

Dans le second arrêt, le salarié, avait été licencié pour faute lourde après la découverte dans son bureau de documents provenant de son précédent employeur, estimés confidentiels et dont la présence indue était susceptible, selon la lettre de licenciement, d'engager la responsabilité de l'entreprise.

La cour indique que *« les documents détenus par le salarié dans le bureau de l'entreprise mis à sa disposition sont, sauf lorsqu'il les identifie comme étant personnels, présumés avoir un caractère professionnel, en sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ».*

Il en est de même de la pose à leur insu de micros ou d'écoutes téléphoniques ou tout autre procédé de vidéosurveillance.

La jurisprudence a condamné depuis l'arrêt Neocel du 20 novembre 1991 tous les procédés de surveillance clandestins, notamment vidéos ou téléphoniques, installés à l'insu des salariés (Cass. soc., 20 nov. 1991, no 88-43.120, Bull. civ. V, no 519).

Un arrêt du 14 mars 2000 a précisé clairement que « *seul l'emploi de procédé de surveillance clandestin est illicite. Les salariés ayant été dûment avertis de ce que leurs conversations téléphoniques seraient écoutées, les écoutes réalisées constituaient un mode de preuve valable.* » (Cass. soc., 14 mars 2000, no 98-42.090, Bull. civ. V, no 101).

Cette exigence est conforme au principe de loyauté qui a été introduit par la loi du 31 décembre 1992 dans l'article L. 121-8 du Code du travail et aux termes duquel « *aucune information concernant personnellement un salarié [...] ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié* ».

Mais, dans cette matière délicate qui met en jeu l'exercice des libertés du « citoyen-salarié » face au pouvoir de direction de l'employeur, tout est question d'équilibre.

Ainsi, un arrêt du 31 janvier 2001 a admis que l'information du salarié ne se justifie pas lorsque le système de vidéosurveillance n'est pas destiné à contrôler l'activité du salarié, mais à assurer la sécurité d'un entrepôt (Cass. soc., 31 janv. 2001, no 98-44.290, Bull. civ. V, no 28).

## **§ 2 – Obligations contractuelles à la charge du salarié**

Le salarié s'engage à fournir un travail pour le compte de l'employeur auquel il est subordonné, dans des conditions susceptibles d'adaptation en échange d'une

rémunération.

Le salarié a également une obligation de loyauté à l'égard de son employeur qui peut entrer en conflit avec **la liberté d'expression**.

On pourrait penser que la loyauté et la bonne foi contractuelle servent d'étalon de mesure de l'expression portant sur l'entreprise. Telle n'est plus, en règle générale, l'analyse retenue par la Cour de Cassation : « *l'abus de droit est la seule limite apportée à la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise* ». De manière générale, au visa de l'art. L. 120-2 C.trav. Il est désormais affirmé que « *sauf abus, le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression* ».

Le caractère public des errements éventuels joue un rôle essentiel : dans un arrêt du 6 juillet 2005, un salarié ayant fait paraître dans *Le Monde libertaire* un article mettant en cause l'entreprise et surtout ses collègues en des termes aussi choisis que « collabos de classe », « putasserie », « attitudes dégueulasses et de faux-cul ». Il est licencié pour faute.

Le Conseil des Prud'hommes puis la Cour d'appel ordonnent sa réintégration au nom de « la libre expression d'un citoyen ».

Cassation prévisible au visa de l'article L. 120-2 : « *l'usage de la liberté d'expression peut justifier un licenciement s'il dégénère en abus* ».

Si le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une **liberté d'expression** à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, il ne peut abuser de cette liberté en tenant des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs.

Peut ainsi constituer un abus de la **liberté d'expression** la télécopie envoyée par un salarié en réponse à une note de l'employeur lui demandant des explications sur le montant de sa rémunération et lui indiquant que celle-ci serait désormais soumise au conseil d'administration, la télécopie en question comportant notamment le passage suivant : « *Si tout cela ne correspond pas à vos propres*

*directives, vous voudrez bien me faire parvenir : une boîte d'aspirine, une minerve pour un cou très tordu, une pommade analgésique spéciale ulcérations profondes. Je peux aussi vous envoyer du Lécitone (jeunes, senior, anti-stress) ainsi qu'une bonne paire de lunettes ».* Cass. soc., 14 juin 2005, no 02-47.455 D

# L'ENTREPRISE : UNE INSTITUTION REGLEMENTEE

Le pouvoir de direction reconnu à l'employeur et qui lui permet de prendre des décisions en matière de gestion du personnel est le fondement d'un double pouvoir au sein de l'entreprise : celui d'édicter des règles : c'est le pouvoir réglementaire et celui de sanctionner le non respect de ces règles, c'est le pouvoir disciplinaire.

## Chapitre 1 : Un pouvoir réglementaire encadré.

Le pouvoir réglementaire de l'employeur se manifestait depuis longtemps avec les règlements d'atelier : traditionnellement considérés comme partie intégrante du contrat de travail, ils n'en étaient pas moins un acte unilatéral de l'employeur et avaient fait l'objet d'une réglementation minimale, notamment quant à leur publicité (1932).

Ce n'est que depuis 1982 que ce pouvoir réglementaire est défini et encadré par un régime légal.

La loi du 4 août 1982 a tranché dans le sens d'un pouvoir réglementaire du chef d'entreprise, rompant ainsi avec la théorie contractuelle : le règlement intérieur est désormais considéré par la jurisprudence comme "**un acte réglementaire de droit privé**" (Cass. soc. 25 sept. 1991, Sté Unigrains c/ Geffroy).

### Section 1 - Champ d'application et procédure d'élaboration du R.I.

Le R.I. figure aux art. L. 122-33 à 39 et R. 122-12 à 16 du C. trav.

L'art. L. 122.33 fait obligation d'élaborer un R.I. dans les entreprises ou les

établissements où sont employés habituellement au moins 20 salariés<sup>54</sup>.

Sont concernés : les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les sociétés mutualistes, les organismes de sécurité sociale, les associations etc.

La loi a délimité le champ du pouvoir réglementaire : en vertu de l'art. L. 122-34 ne peuvent figurer au règlement intérieur que :

- "les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité,
- les "règles générales et permanentes relatives à la discipline qui incluent notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur"
- les garanties en cas de mise en jeu d'une sanction, c'est à dire les droits de la défense dont bénéficient les salariés.

Le RI doit en outre obligatoirement rappeler :

- les dispositions relatives au harcèlement sexuel et moral.

Les autres domaines ne peuvent pas faire l'objet d'une décision unilatérale du chef d'entreprise et relèvent, en conséquence, soit de la négociation collective (le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, et pour ce qui le concerne, le CHSCT) soit du contrat de travail.

Pour éviter l'arbitraire, le règlement intérieur doit faire l'objet :

- d'une consultation des représentants du personnel. Il doit donc être soumis à l'avis du Comité d'entreprise ou du comité d'établissement, ou à défaut à l'avis des délégués du personnel ainsi que pour les matières relevant de son domaine au CHSCT.

Ces avis étant donnés, l'employeur arrête les dispositions du RI qui doit être affiché à

---

<sup>54</sup> Le seuil à partir duquel le RI est obligatoire doit s'apprécier :

- au niveau de l'entreprise lorsque celle-ci comporte des établissements distincts, à savoir :
  - . si aucun établissement n'atteint 20 salariés, le RI est élaboré au niveau de l'entreprise
  - . si un ou plusieurs établissements atteignent 20 salariés, une procédure propre doit en principe être mise en oeuvre. Cependant, il est possible d'établir un RI unique au niveau de l'entreprise dès lors que les établissements ne présentent pas de particularité propre.

une place convenable aisément accessible dans les lieux où le travail est effectué ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauchage. (art. R 122-12).

Le RI, qui doit indiquer la date à partir de laquelle il entre en vigueur, doit obligatoirement être déposé au greffe du Conseil des Prud'hommes.

Il doit également être communiqué à l'inspecteur du travail pour que celui-ci puisse exercer un contrôle de légalité, sous le contrôle du juge administratif.

Dans l'aff. Novartis, ayant donné lieu à décision du TGI Nanterre, 6 oct 2004 (n° 3/02665), le tribunal a jugé que les dispositions du Code de Bonne conduite constituaient à l'évidence une modification du règlement intérieur qui aurait dû comme tel être présenté pour avis au comité d'entreprise, à l'inspection du travail et au CHSCT. Le tribunal a jugé en outre que les dispositions portaient atteinte à la vie privée des salariés.

En effet, le RI a un contenu très limité.

## **Section 2 – Le contenu du RI**

Dans le RI, l'employeur ne peut plus introduire toutes les dispositions qu'il estime utiles au bon fonctionnement de l'entreprise et qu'il souhaiterait imposer aux salariés.

Son pouvoir normatif est limité par le contenu de l'art. L. 122-34. et aucune autre mesure ne peut y figurer

Par exemple, l'employeur ne peut y faire figurer :

- des clauses relatives à l'utilisation d'un parc de stationnement des véhicules de l'entreprise (CE.8 juil. 1988),
- des clauses relatives à l'absence de responsabilité de l'employeur en cas de vol dans les vestiaires (CE, 26 nov. 1990)
- ou de clauses prévoyant l'obligation pour les salariés d'effectuer de grands déplacements (Cass. soc. 12 déc. 1991).



## § 1 -hygiène et sécurité

### A - Principes généraux

Le RI fixe les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement. En effet, le chef d'établissement doit assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris des travailleurs temporaires.

Il s'agit essentiellement de la prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation (art. L. 230-1 et sv.).

Les principes généraux de prévention sont les suivants :

- éviter les risques
- évaluer ceux qui ne peuvent être évités ;
- les combattre à la source ;
- adapter le travail à l'homme
- tenir compte de l'état de l'évolution de la technique
- remplacer ce qui est dangereux par ce qui l'est moins
- planifier la prévention en y intégrant notamment les risques liés au harcèlement moral
- prendre des mesures de protection collective par priorité aux mesures individuelles

La mise en oeuvre de ces principales mesures impose aux employeurs une série d'obligations :

- d'évaluer les risques pour la sécurité et la santé des travailleurs
- lorsqu'il confie des tâches à un travailleur, il doit prendre en considération les capacités de l'intéressé à mettre en oeuvre les précautions nécessaires pour assurer sa santé et sa sécurité.
- Consulter les travailleurs ou leurs représentants sur les risques pour la santé liés à l'introductions de nouvelles technologies.

L'art. L. 230-3 C.t. impose de manière générale à chaque travailleur de prendre soin de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celle des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail. Cette obligation doit être appréciée en fonction de la formation du salarié et de ses possibilités et n'affecte pas le principe de la responsabilité des employeurs (art. L. 230-4).

Rappelons que la jurisprudence considère que l'employeur est tenu, envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les accidents du travail et les maladies professionnelles ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver (cass.soc. 11 avr. 2002 ; D.2002, 2215 et civ. 2<sup>ème</sup> 12 mai 2003.).

## **B- Les règles de sécurité**

En ce qui concerne la sécurité, l'article L. 233-1 pose un principe général : les établissements doivent être aménagés de manière à garantir la sécurité des travailleurs. Une réglementation abondante met en application ce principe.

Les moyens de protection mis en oeuvre pour protéger les salariés sont de deux ordres : individuels et collectifs.

Ø **Les moyens de prévention collective** doivent être recherchés en priorité car ils sont moins contraignants pour les salariés et plus efficaces.

Ils doivent avoir pour but :

- d'éviter les incendies ou d'en limiter les conséquences ;
- de prévenir les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Les mesures de sécurité concernent autant l'utilisation des locaux que du matériel. (usage des échafaudages, étiquetage des substances dangereuses etc...).

Ainsi, le RI peut prévoir la vérification des objets emportés par les salariés si l'activité de l'entreprise le justifie pour des raisons de sécurité collective : par exemple fouille de personnes travaillant dans des laboratoires ou certains métaux doivent être introduits.

Il peut en aller de même pour la sortie de certains produits dangereux:

- si le contrôle est effectué dans des conditions préservant la dignité et l'intimité de la personne ;

Chaque salarié doit être averti qu'il a le droit de s'opposer à la vérification des objets qu'il emporte, autrement dit de s'opposer à être fouillé. Le consentement du salarié doit être, dans la mesure du possible, recueilli en présence de tiers, d'autres salariés ou du représentant du personnel.

Si le salarié refuse d'être fouillé ou vérifié, cette vérification peut, à la demande de la direction, être effectuée par un officier de police judiciaire.

De tels contrôles ont leur limite : pas question d'aller perquisitionner dans le véhicule d'un salarié stationné sur la voie publique (Cass. soc. 9 avril 1987, Begat c/ SA Prisunic).

Ø .Les mesures de prévention collective sont complétées par des **mesures de prévention individuelle** qui s'imposent aux travailleurs et qui sont précisées dans le RI (port du casque, combinaison etc...)

D'une manière générale, le refus du salarié de se plier à une règle de sécurité, quelle qu'elle soit, justifie son licenciement et peut constituer une faute grave. C'est le cas par exemple :

- du salarié qui refuse de se munir du matériel nécessaire pour les travaux dangereux

qu'il a à effectuer dans les cages d'escalier (Cass. soc. 9 janvier 1991, Ghernaia c/ SA Kone) ;

- du gardien d'une société de sécurité qui, en service ne s'est pas vêtu de la tenue réglementaire alors que l'obligation du port de la tenue résulte tant du RI de l'entreprise que de la charte professionnelle des entreprises de prévention et de sécurité (Cass. soc. 17 avril 1986, Sté Agence Protection et Sécurité c/ Taine).

- du chef de chantier qui refuse de porter un casque (cass.soc. 23 mars 2005, N° 3-42.404).

La recherche de la sécurité peut justifier que des contrôles particuliers soient exercés. Est par exemple régulière la disposition du RI selon laquelle *"en raison de l'obligation faite au chef d'entreprise d'assurer la sécurité dans l'entreprise, la direction pourra imposer l'éthylotest aux salariés occupés à l'exécution de certains travaux ou à la conduite de certains engins ou machines dans les cas où l'état d'imprégnation alcoolique constitue un danger pour les intéressés ou leur environnement"*.

Mais les juges vérifient toujours que la mesure est proportionnée au but recherché. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Rennes le 6 février 2003 (CAA Rennes, n°97), une salariée avait été licenciée au motif qu'elle s'opposait à cette fouille quotidienne, dans les conditions prévues à l'art. 3-5 du RI pourtant enregistré au greffe du Conseil des Prud'hommes et communiqué à l'inspecteur du travail.

La Cour juge que *« la vérification systématique et quotidienne des sacs du personnel, par son caractère général, illimité et systématique et permanent excède les restrictions aux libertés individuelles que l'employeur peut légalement imposer à ses salariés en vue d'assurer la sécurité au sein de son entreprise, étant précisé (...) qu'il importe peu que l'inspection du travail n'ait émis aucune réserve lorsque le RI lui a été adressé »*.  
*« Qu'un tel contrôle ne peut être admis à titre préventif que pour un temps limité en cas de circonstances exceptionnelles ou lorsque l'activité de l'entreprise le justifie pour des raisons de sécurité collective »*.

De même est non justifié le licenciement d'un salarié qui, en violation du RI, refuse de porter un badge qui permet à l'employeur de contrôler les salariés à l'entrée et à la sortie des locaux. La Cour de cassation (Soc. 6 avr. 2004, n° 02-40 498, ) donne tort à l'employeur qui ne pouvait se prévaloir du RI car il n'avait pas déclaré ce dispositif de contrôle à la CNIL.

Signalons enfin que l'autorité administrative (l'inspection du travail) ne peut exiger que soient mentionnées dans le RI les dispositions de l'art. L. 231-8 C.t. relative au droit de retrait en cas de danger grave et imminent.

En effet, la loi du 23 mars 1982 (art. L. 231-8 C. trav) a reconnu aux salariés le droit de se retirer d'une situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé.

Cette réforme fixe une limite importante à la toute puissance du chef d'entreprise puisque désormais, le salarié peut quitter son poste de travail sans prendre le risque d'une perte de salaire ou d'une sanction disciplinaire.

La loi prévoit en effet qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire, ne peut être prise à son encontre (art. L 213-8-1).L'employeur ne peut pas demander au salarié de reprendre son activité, du moins dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent (il ne s'agit pas d'une notion objective, l'appréciation subjective du salarié suffit).Si le salarié a un doute, il peut se contenter de signaler la situation à l'employeur ou au Comité d'hygiène (CHSCT), obligatoire dans les établissements occupant au moins 50 salariés.

Le RI ne pourrait par exemple subordonner l'existence du droit de retrait à une déclaration écrite. Celle-ci peut être prévue de manière facultative seulement.

## **C – Les règles d'hygiène**

Les règles d'hygiène figurent essentiellement aux art. L. 232-1 et R 232-1 et suivants. Il s'agit d'une réglementation extrêmement détaillée qui concerne aussi bien les installations sanitaires que l'ambiance des lieux de travail, la restauration, l'hébergement etc...

Par exemple, les locaux affectés au travail doivent être isolés thermiquement et chauffés pendant la saison froide dans des conditions telles :

- qu'une température convenable y soit maintenue ,
- que l'air soit dans un état tel qu'il préserve la santé des travailleurs,
- que l'installation n'engendre pas de risques (explosions, incendie, brûlures etc...)
- et que la consommation d'énergie puisse être aussi réduite que possible.

Quant à la température des locaux annexes tels que les locaux de restauration, locaux de repos, locaux sanitaires, elle doit répondre à la destination spécifique de ces locaux.

Ainsi, le chauffage insuffisant des locaux de travail autorise un salarié à quitter son poste avant l'heure normale ; ce qui ne peut justifier un licenciement (Cass. soc. 5 juin 1986, SICAMA c/ Dutemple).

Les infractions aux règles d'hygiène et de sécurité sont sanctionnées pénalement et c'est généralement, le chef d'entreprise, chargé d'appliquer la réglementation, qui sera visé. Il existe cependant une exception à cette responsabilité : la délégation de pouvoirs.

En tout état de cause, l'employeur n'est pas tenu de reproduire dans le RI toutes les dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'hygiène et à la sécurité, ni d'y dresser la liste exhaustive de toutes les prescriptions particulières qui pourraient s'appliquer dans l'entreprise.

Par suite, est conforme à la loi la disposition relative à l'hygiène et à la sécurité du travail précisant que "*chaque salarié doit notamment se conformer strictement, tant aux*

*prescriptions légales qu'aux consignes particulières qui lui sont données en ce domaine et qui sont portées à sa connaissance par affiche, brochure, instruction, note de service ou par tout autre moyen » (CE 5 mai 1988).*

## **§ 2 - La discipline**

Le RI fixe :

- a) les règles générales et permanentes relatives à la discipline et
- b) la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

- La loi n'a pas défini la notion de discipline. Une circulaire du 15 mars 1983 a explicité cette notion en précisant que le RI ne devait pas comporter une série d'interdictions de toute nature, mais seulement des mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise et la coexistence des salariés sur le lieu de travail. Il s'agit d'éviter que le RI ne soit le support d'un véritable droit de police.

En d'autres termes, le RI ne doit pas être un catalogue d'interdictions de toute nature, qui serait l'expression d'un pouvoir de police générale.

L'entreprise constitue certes une communauté, mais à vocation limitée. Elle ne rassemble des personnes que pour une durée limitée (le temps de travail et pour atteindre une finalité limitée (la production de biens et de services).

S'il est vrai que son fonctionnement dépend, comme toute collectivité du respect d'un certain nombre de règles, celles-ci ne sont justifiées que si elles sont nécessaires :

- pour assurer la coexistence entre les membres de la communauté ;
- pour atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée.

Ainsi, le respect des horaires de travail, la justification des absences constituent des dispositions de base sans lesquelles l'entreprise ne pourrait fonctionner. Mais d'autres mesures n'ont pas la même justification : l'interdiction de chanter peut parfaitement se justifier dans certaines circonstances et pas dans d'autres.

b) la nature et l'échelle des sanctions

- Le RI fixe la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur (art. L. 122.34 al 1). La définition générale de la sanction disciplinaire figure dans la loi ; celle-ci interdit les sanctions pécuniaires et discriminatoires.

L'employeur n'a pas l'obligation de donner une définition de chaque sanction.

En général, les sanctions figurent dans un ordre croissant :

- avertissement ou blâme
- mise à pied (la mise à pied qui est une mesure de suspension temporaire du contrat de travail peut figurer dans l'échelle des sanctions à condition que figure sa durée maximale)
- mutation,
- rétrogradation
- licenciement.

Le RI peut-il établir une corrélation entre une faute et une sanction déterminée ? La réponse est assurément négative. La C.A. de Paris a dit qu'il n'appartenait pas à l'employeur de déterminer par avance, dans le RI, la gravité de l'inexécution d'une obligation professionnelle, laquelle doit être appréciée en fonction des circonstances dans laquelle elle a été commise.

### **§ 3 – Les droits de la défense**

Le RI énonce les dispositions relatives au droit de la défense du salarié, telles qu'elles résultent de l'art. L. 122-41 du Code du Travail, ou le cas échéant, de la convention collective applicable.(il s'agit des dispositions relatives à la procédure disciplinaire).

Le RI rappelle enfin les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle, telles qu'elles résultent notamment des art. L. 122.46 et 47.



*« Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (...) pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers ».*

Aucun salarié ne peut être sanctionné pour avoir témoigné de ces agissements.

Tout acte contraire est nul de plein droit.

La Cour de Cassation a jugé que le harcèlement sexuel constitue nécessairement une faute grave et non pas une simple cause réelle et sérieuse de licenciement (D. 2002, 5 mars 2002, Som. Com. p. 2092).

Le harcèlement sexuel est aussi une infraction pénale qui figure à l'art. 222-33 du CP. A noter que le classement sans suite d'une plainte pour harcèlement sexuel est sans incidence sur l'appréciation du bien-fondé de la mise à pied et du licenciement pour faute grave du salarié responsable de ces agissements, le classement sans suite d'une plainte n'empêchant pas le juge civil d'apprécier les faits qui lui sont soumis (Dijon, 26 nov. 1998). ( ??? nvelle jp ?)

### **Section 3 – Particularisme du du RI**

#### **§ 1 - Les trois caractères du RI**

##### **- caractère obligatoire**

le RI doit obligatoirement contenir les 3 séries de clauses : hygiène et sécurité, discipline et droit de la défense.

##### **- caractère exclusif**

En dehors de ces trois domaines, aucune autre matière ne peut plus figurer dans le RI, même à titre facultatif. L'objectif est de retirer du RI les matières qui peuvent faire l'objet

d'une négociation.

### **- caractère général**

Le RI ne peut fixer que des mesures et règles ayant un caractère général et permanent.

## **§ 2 - Respect des droits individuels et collectifs**

Le RI ne peut contenir de clauses contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux conventions et accords d'entreprise. Cette obligation de conformité s'impose également à l'égard des principes généraux du droit.

Le RI doit également être conforme aux lois et règlements relevant des autres branches du droit (droit pénal, commercial, civil).

Il ne peut faire échec à la procédure de licenciement.

Le RI ne peut comporter de dispositions discriminatoires lésant les salariés dans leur emploi et leur travail en raison de leur sexe, de leurs moeurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale.

Enfin, le RI ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. (Art. L. 122.35 al 1).

Le refus du salarié de porter une blouse blanche n'est constitutif d'une faute qu'autant que l'obligation du port de ce vêtement est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. La restriction apportée par l'employeur à la liberté individuelle de se vêtir doit être légitime. A défaut, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. (Cour de cassation, soc., 18 février 1998, n° 95-43.491 (Recueil Dalloz 1998, Informations rapides p. 80)

## Section 4- Le contrôle du RI

### § 1 - Le contrôle administratif

L'inspecteur du travail a une triple mission :

- il doit s'assurer que le RI comporte les trois séries de dispositions obligatoires ;
- il doit s'assurer que le RI ne comporte pas d'autres dispositions que celles-là et exiger le retrait des dispositions non prévues par la loi ;
- il doit s'assurer que les dispositions obligatoires répondent aux exigences fixées par l'art. L 122.35.

L'inspecteur du travail peut exiger le retrait des dispositions qui excèdent le champ d'application du RI.

Il peut exiger la modification des dispositions qui, tout en entrant dans le champ du RI portent atteinte aux libertés des travailleurs sans être justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées aux buts recherchés.

Mais la loi ne fait pas état des pouvoirs de l'inspecteur en cas de carence de l'employeur. Malgré cela, on doit admettre que l'inspecteur du travail peut exiger l'élaboration d'un RI ou le rajout de certaines dispositions.

Exemples : Est illicite la note de service relative à la procédure d'organisation de la sécurité, à laquelle renvoie le règlement intérieur qui impose la présence sur le lieu de travail, en cas de grève, de tous les salariés de l'entreprise, y compris les personnels décidés à se déclarer grévistes, sans distinction selon les postes de travail, afin de permettre à la direction de l'entreprise de requérir, en tant que de besoin, ceux qui sont nécessaires au maintien de la sécurité ; (Cour administrative d'appel de Lyon, 3e ch., 25 février 2003 Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence p. 1060)

L'inspecteur du travail ne peut pas annuler les prescriptions qu'il juge illicites.

Il ne peut pas opérer lui même la modification d'une clause litigieuse. Il doit adresser une injonction à l'employeur de retrait ou de modification de la clause. Seul l'employeur a qualité pour opérer la transformation.

L'inspecteur n'est pas tenu par les interprétations de ses collègues, ni par aucun délai. Il peut à tout moment exiger le retrait d'une clause (art. L. 122.37). En effet, il peut s'apercevoir de l'irrégularité à la suite d'une démarche d'un salarié.

La décision de l'inspecteur du travail peut faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail et de l'emploi. Ce recours doit être formé dans les deux mois à compter de la notification de la décision de l'inspecteur.

Aucun délai n'étant imparti au directeur régional pour statuer sur ce recours, ce dernier dispose d'un délai de droit commun de 4 mois. S'il prend une décision dans les 4 mois, il doit la notifier à l'employeur et la communiquer pour information au Comité d'entreprise (art. L. 122.38).

Si au contraire il ne statue pas sur ce recours dans les 4 mois, son silence vaut décision de rejet.

La décision du directeur régional elle même peut faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre du travail ou d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif.

## **§ 2 - Le contrôle du juge**

Il y a une compétence concurrente de deux ordres de juridiction : juge administratif et juge judiciaire.

Le juge administratif est compétent dès lors qu'il s'agit de remettre en cause la décision de l'inspecteur du travail, autorité administrative.

Le juge administratif statue en tant que juge de la légalité d'une décision administrative.

En revanche, les demandes en annulation n'ayant suscité aucune réaction formelle de la part de l'inspecteur du travail relèvent du juge judiciaire.

A l'occasion d'un litige individuel, le Conseil des Prud'hommes est compétent pour écarter l'application d'une clause contraire aux articles définissant le contenu du RI. Lorsqu'un conseil des prud'hommes a écarté une clause du RI, une copie du jugement est adressée à l'inspecteur du travail et aux institutions représentatives du personnel.

## Chapitre 2 : Un pouvoir disciplinaire organisé

Le législateur ne s'est pas préoccupé de trouver un fondement au pouvoir disciplinaire; de façon beaucoup plus pragmatique, il a organisé un système de garanties protégeant les salariés contre les abus de ce pouvoir.

Ce système de garantie est double :

- d'abord empêcher, autant que faire se peut, qu'une injustice soit commise ;
- si une sanction est prise, permettre au salarié de la faire contrôler par le juge.

Jusqu'en 1973, le droit français était étonnement archaïque en matière disciplinaire. En dehors des rares cas où une convention collective avait réussi à organiser une procédure disciplinaire, un salarié pouvait être mis à pied, muté, rétrogradé, licencié sans même qu'il en soit préalablement informé et donc sans lui laisser aucune chance de se défendre.

Les premières garanties sont apparues en 1973, mais elles ne concernaient que les licenciements.

La loi du 4 août 1982 organise une protection procédurale de portée plus générale. En effet, à la différence de la loi du 13 juillet 1973, la loi du 4 août 1982 se caractérise par la généralité de son champ d'application.

- d'une part la procédure disciplinaire doit être respectée dans toutes les entreprises et ce, quel que soit le nombre de salariés. Quand bien même il n'y en aurait qu'un, l'employeur est tenu de respecter la procédure disciplinaire imposée par le Code du travail (à l'art. L. 122.41).

- d'autre part, la procédure disciplinaire s'impose, quelle que soit la sanction que l'employeur envisage de prononcer. La gravité de la sanction envisagée entraînera des

aménagements de la procédure, mais jamais sa disparition.

Mais avant d'aller plus avant dans le domaine de la procédure, il convient d'examiner les règles de fond.

## **Section 1 - les règles de fond**

L'individu est protégé contre l'arbitraire lorsqu'il sait, avant d'agir, ce qui est interdit et ce qui est permis.

### **§ 1 - La faute disciplinaire**

#### **A – la nature de la faute**

Les employeurs n'ont pas toujours bien compris que la faute disciplinaire trouvait sa source dans la violation injustifiée d'une obligation professionnelle. **(relation entre la faute dans la vie privée et la faute professionnelle voir jp braquage banque).**

Encore faut-il que l'obligation ait un caractère licite. Cela signifie que certains comportements, jugés fautifs par l'employeur, ne peuvent pas faire l'objet de sanctions disciplinaires à partir du moment où ils ne trouvent pas leur source dans le cadre de l'exécution de la prestation de travail.

Par exemple, un salarié qui bénéficie d'un logement de fonctions, c'est à dire fourni par l'employeur et qui gêne les autres locataires ne devrait pas pouvoir être licencié pour cette faute qui est sans lien avec sa prestation de travail.

En principe donc, seules les fautes professionnelles peuvent justifier une sanction mais a été admis le licenciement d'un chauffeur routier coupable de conduite en état d'ivresse en dehors du temps de travail, de même le licenciement d'un cadre qui avait giflé sa compagne à proximité de l'entreprise.

L'employeur dispose d'une certaine autonomie dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire dès lors qu'il ne contrevient pas aux dispositions du RI dans le sens d'une aggravation de la sanction.

## **B - La prescription des faits fautifs.**

La garantie nouvelle, accordée aux salariés dans le domaine de la faute disciplinaire résulte de l'art. L. 122-44.

*« Aucun fait fautif ne peut donner lieu, à lui seul, à l'engagement de poursuites disciplinaires au delà d'un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».*

Cela signifie que le délai de prescription ne court pas du jour où les faits ont été commis mais du jour où l'employeur en a eu connaissance. La Cour de Cassation a précisé que le délai court du jour où l'employeur a eu connaissance exacte et complète des faits reprochés (Cass.soc.30 avril 1997, D 1998, , 53) .

Ainsi, dès lors que plus de 2 mois se sont écoulés depuis la commission des faits fautifs, c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir qu'il n'avait pas connaissance des faits avant (Cass. soc. 24 mars 1988, Roy).

En revanche, si d'autres faits fautifs sont commis postérieurement à une faute qui n'a donné lieu à aucune sanction, l'employeur peut, lorsqu'il entend sanctionner ces nouveaux faits, invoquer également les fautes commises il y a plus de 2 mois.

## **§ 2 - les sanctions disciplinaires**



Le législateur donne une définition de la sanction disciplinaire : art. L. 122-40  
*"Constitue une sanction disciplinaire toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération."*

Cette définition est importante dans la mesure où elle va définir le champ d'application du droit disciplinaire.

Ce droit disciplinaire se caractérise par l'obligation de suivre une procédure avant d'infliger une sanction. Il peut s'agir soit d'une procédure dite simplifiée (notification par écrit accompagnée des motifs) soit d'une convocation à un entretien préalable (comme en matière de licenciement).(art. L. 122-41)

La loi précise que l'employeur peut se dispenser de l'entretien "lorsque la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence, immédiate ou non sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié (art. L. 122-41).

Ainsi, les sanctions mineures comme le blâme y échappent-elles.

Qu'en est-il des autres ? En réalité, les choses sont assez floues. D'abord, la notion de sanction elle-même est assez mal cernée. Il faut distinguer d'abord les sanctions dites "traditionnelles" de celles qui le sont moins.

Parmi les premières, on met le blâme, l'avertissement, la mise à pied, le licenciement. Parmi les seconde on trouve le déclassement professionnel, le changement d'affectation.

#### **A- Les sanctions traditionnelles :**

- le blâme est la sanction la plus légère. Il n'appelle pas de convocation.

- l'avertissement ne répond pas à des critères déterminés. C'est le RI qui doit préciser les formes de l'avertissement pour le distinguer des simples observations.

Le législateur semble l'avoir considéré comme une sanction mineure puisqu'il l'a expressément exclu du champ d'application de la procédure de l'entretien. L'art. L 122-41 énonce "lorsque l'employeur envisage de sanctionner un salarié, il doit le convoquer... sauf si la sanction envisagée est un avertissement (...)".

Après une longue période d'hésitation, la Cour de Cassation a pris nettement position : "Quelle que soit la mesure disciplinaire qu'il précède dans l'échelle des sanctions susceptibles d'avoir une incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié, l'avertissement n'a pas par lui-même une telle incidence et l'employeur n'est donc pas tenu de convoquer le salarié à un entretien préliminaire. (Cass. soc. 19 janv. 1989, RJS 1989, p. 73.)

Peu importe que l'avertissement ait été accompagné de la menace en cas de récidive, d'une sanction susceptible d'avoir une telle incidence, peu importe qu'il ne s'agisse pas du premier avertissement (Cass. soc. 13 nov. 1990,).

#### - la mise à pied sanction

La mise à pied est une mesure temporaire de suspension du contrat de travail. Sa durée doit être fixée et connue du salarié au moment où elle est notifiée.

La mise à pied, dès lors qu'elle constitue la sanction définitive d'un agissement fautif fait cesser, pendant sa durée, l'obligation de payer le salaire et corrélativement l'obligation de fournir le travail.

Lorsque le travailleur tient la notification de la mise à pied pour non advenue et qu'il se présente quand même, il peut se voir imputer une faute grave pour avoir porté atteinte à l'autorité de l'employeur et perturbé la marche de l'entreprise. (cass. soc 25 mai 1989, Brahimi c/ Fischer, à propos d'un salarié qui, en dépit d'une mise à pied, s'était

présenté à son travail, et malgré l'ordre de sa hiérarchie et l'intervention d'un huissier de justice avait refusé de quitter les lieux. Tout ceci en présence du personnel et pendant les horaires de travail. Un tel comportement porte atteinte à l'autorité de l'employeur.)

Il ne faut pas confondre cette mise à pied avec la mise à pied conservatoire qui figure à (L. 425-1 et L. 436-1).

Pour avoir un caractère conservatoire, la mise à pied doit :

- soit permettre à l'employeur de prendre un délai de réflexion.
- soit accompagner le déclenchement de la procédure de licenciement et faire référence à l'éventualité d'un licenciement ;

La mise à pied conservatoire peut se justifier par la nécessité de prendre un délai de réflexion. Dans ce cas là, la mesure qui écarte temporairement de l'entreprise certains salariés, tout en maintenant leur rémunération laisse la liberté à l'employeur de décider ensuite une sanction proprement dite, à condition bien entendu d'avoir engagé parallèlement la procédure prévue par les textes

Si la sanction disciplinaire prise par l'employeur, au terme de la procédure est une mise à pied sanction, il va devoir tenir compte, dans son application, de la mesure intervenue à titre conservatoire. Il peut décider par exemple de prononcer une mise à pied disciplinaire couvrant la période de la mise à pied sanction (Cass. soc. 29 mars 1995, Biraud, c/ SARL Arnaud).

Il faut signaler qu'en raison de la différence de nature entre les deux mises à pied, la limitation de la durée d'une mise à pied disciplinaire fixée par le RI ne s'applique pas à la mise à pied conservatoire. Si la mise à pied conservatoire a été plus longue que la mise à pied disciplinaire, la retenue sur salaire sera limitée à la durée de la mise à pied sanction.

Jugé qu'une mise à pied conservatoire étant nécessairement à durée indéterminée, la mise à pied prononcée pour un temps déterminé présente un caractère disciplinaire (Soc. 12 fév. 2003, Bousquet).

- S'agissant de la mise à pied conservatoire précédant un licenciement.

La mise à pied conservatoire doit être justifiée par l'existence d'une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Elle ne doit pas être suivie d'une reprise du travail avant le licenciement, sinon il n'y aurait pas faute grave. Si cette faute grave est établie, le salaire n'est pas dû. (Cass.soc. 3 fev. 2004, Peugeot)

En revanche, s'il apparaît que la faute, tout en constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement, n'a pas une gravité suffisante pour justifier la suppression du préavis, il convient de rétablir le droit au salaire pour la période de la mise à pied

## **B - les sanctions moins traditionnelles**

### **1 - le déclassement professionnel**

Il correspond à une rétrogradation dans l'emploi ou les fonctions entraînant l'alignement de la rémunération sur le nouvel emploi ou les nouvelles fonctions.

Il se distingue de la rétrogradation affectant uniquement la rémunération, sans que l'emploi ou les fonctions soient modifiées et qui constitue en réalité une sanction pécuniaire illicite.

La Cour de Cassation souligne (Cass. soc. 20 avril 1989, 24 mars 1988 et 22 janvier 1992), que ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée la diminution du salaire dès lors qu'elle correspond à une affectation, à une fonction ou à un poste différent et de niveau inférieur.

En revanche, une telle mesure constitue une modification du contrat que le salarié est en droit de refuser. L'acceptation doit en outre être expresse (Cass.soc. 14 fev. 2001, n°

98.46 259). Dans cette hypothèse, c'est-à-dire si le salarié refuse la rétrogradation, l'employeur peut dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction au lieu et place de la sanction refusée et il peut même s'agir d'un licenciement pour faute grave (Cass.soc. 7 juillet 2004, n° 02-44-476 et Cass.soc. 7 juin 2005, 02-47374, à propos du déclassement professionnel d'un salarié protégé).

## **2- le changement d'affectation à un autre poste (sans qu'il y ait nécessairement rétrogradation)**

Un changement d'affectation, décidé en raison de faits considérés comme fautifs, constitue une sanction disciplinaire (Cass soc. 19 juin 1991).

Mais l'employeur ne doit pas en profiter pour muter le salarié à des fonctions qu'il est incapable d'exercer, pour le licencier ensuite pour insuffisance de résultats. Il s'agit alors d'un abus de droit (Cass. soc. 29 mai 2002, n° 00-40.996 Recueil Dalloz 2002, Jurisprudence p. 2284).

Jugé que l'usage d'une clause de mobilité à titre de sanction disciplinaire ne constitue pas un abus de l'employeur mais ce dernier doit justifier une faute du salarié (soc. 15 janv. 2002).

Si un délai de prévenance est prévu dans le contrat de travail pour toute modification, l'employeur doit le respecter sous peine de commettre une faute (Cass.soc. 4 avril 2006, n° 04-42672).

## **§ 3 - Les principes qui gouvernent le droit disciplinaire.**

Il en existe trois : Interdiction des discriminations, non cumul des sanctions, interdiction des amendes.

## **A - Interdiction des discriminations**

L'article L. 412.2 C.t. interdit, en matière disciplinaire notamment, toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale et les activités syndicales.

L'art. L. 122.45 interdit plus généralement de fonder une sanction sur l'origine, le sexe, la situation de famille, les opinions politiques, les convictions religieuses...

En revanche, l'interdiction des discriminations au sens de l'art. L. 122.45 ne fait pas obstacle à ce que l'employeur sanctionne différemment des salariés qui ont participé à une même faute dès lors que l'intérêt de l'entreprise légitime cette différence, et qu'il n'y a pas détournement de pouvoirs.

Ainsi, l'employeur peut sanctionner différemment des salariés qui ont commis une même faute, compte tenu des anciennetés et des comportements respectifs (Cass. soc. 15 mai 1991, Lerch et autres c/ Sté services Rapides Ducros ; Cass. soc. 1er fév. 1995, Sté SPST Ouest-Centre c/ Jigan).

L'employeur est donc libre de faire preuve d'indulgence ou de sévérité à l'égard de salariés auteurs de même comportement fautif (Cass. soc. 3 avril 1984, Berthier c. Sté d'Etudes et de Travaux de Fondation).

Par ailleurs, en présence d'une situation conflictuelle entre deux salariés créant un état de tension profond et persistant susceptible de nuire au fonctionnement de l'entreprise, c'est à l'employeur et à lui seul de choisir celui des deux salariés qui doit être congédié (Cass. soc. 19 juin 1985, Gibert c/ SA Sodern).

Dans le même ordre d'idées, le licenciement d'un salarié ayant participé à une rixe procède d'une cause réelle et sérieuse, même s'il est avéré qu'il n'est pas l'auteur du premier coup, la cour décidant que le comportement violent de celui-ci, qui s'est acharné sur un adversaire à terre et âgé, constitue une faute (Cour de cassation, soc.14 mai 1998, n° 96-41.755 ,Recueil Dalloz 1998, Informations rapides p. 145).

## **B - non cumul des sanction**

Une même faute ne peut pas faire l'objet de 2 sanctions successives. Le cumul de sanctions est interdit. Un même fait ne peut être sanctionné successivement par un avertissement puis par une mise à pied sanction ou bien par une mise à pied sanction suivie d'un licenciement. La seconde sanction serait alors annulable. (Cass. soc. 31 oct. 1989).

Ainsi est nul le licenciement d'un salarié non justifié par un fait nouveau, mais par trois avertissements écrits que l'employeur lui a donnés dans l'année (Cass. soc. 30 mai 1991, Sté de gardiennage de Guyenne et Gascogne c/ Borsado).

Est nul le licenciement d'un salarié pour s'être absenté deux jours sans aucune justification, dès lors que cette absence a déjà fait l'objet d'un avertissement (Cass. soc. 27 sept. 1989, SA Goutheraud c/ Stevic)

En revanche, lorsque des faits de même nature se reproduisent l'employeur peut faire état des précédents, même s'ils ont été sanctionnés en leur temps, pour justifier une sanction aggravée.-généralement un licenciement-. (cass. soc. 13 janv. 1993, Delbecq c/ Centre départemental de transfusion sanguine).

Un nouveau manquement professionnel, même non identique à ceux précédemment sanctionnés, permet à l'employeur d'invoquer ces derniers pour justifier son licenciement (Cass. soc. 18 oct. 1990, SNC Pavillons modernes c/ Vengeon ; Cass. soc. 28 juin 1990, Martin c/ Woestelandt).

Toutefois, en vertu de l'article L. 122-44 « *aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement de poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction* ».

Enfin, une seconde sanction peut être prévue si le salarié a persisté dans son attitude

répréhensible (Cass. soc. 4 mai 1995, Caelli c/ Sté Minerva).

### **C - Interdiction des amendes et autres sanctions pécuniaires**

L'article L. 122.42 du Code du travail interdit les amendes ou autres sanctions pécuniaires.

Il faut souligner que l'incidence financière d'une sanction de portée plus générale -une rétrogradation par ex- ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée à partir du moment où le salarié occupe un poste différent et de niveau inférieur.

En revanche, si le salarié continue à occuper le même poste tout en étant moins rémunéré, il s'agit d'une sanction pécuniaire.

La mise à pied ne constitue pas une sanction pécuniaire puisque le salarié n'a pas effectué sa prestation.

De manière générale, la sanction pécuniaire que la loi prohibe est celle qui tend à sanctionner une mauvaise exécution, par les salariés, de leurs obligations.

Ainsi, la suppression d'une prime en raison de faits considérés comme fautifs par l'employeur constitue une sanction pécuniaire illicite (soc 4 juin 1998).

Il faut signaler que la Cour de Cassation a d'abord considéré que les réductions de rémunération à la suite d'une mauvaise exécution du travail étaient licites (Cass. soc. 14 mai 1987, Sté Jean Lefebvre) avant de s'aligner, sur le Conseil d'Etat (CE, 12 juin 1987, sté Happian), dans un arrêt du 20 février 1991 (SNCF c/ Basset et autres).

En l'espèce, les contrôleurs de train avaient, semble t-il, participé à une grève perlée se caractérisant par une mauvaise exécution du travail.

La Cour de cassation dit simplement que "*la retenue pratiqué sur le salaire des contrôleurs, à qui la SNCF reprochait la mauvaise exécution de leurs obligations,*



*constituait une sanction pécuniaire".*

Elle va réaffirmer sa position un peu plus tard dans l'arrêt OMICRON du 17 avril 1991 : *"la retenue pratiquée sur le salaire des intéressés, à qui les sociétés reprochent la mauvaise exécution de leurs obligations, constitue une sanction pécuniaire interdite par l'art. L. 122.42).*

Si l'employeur reproche au salarié un comportement fautif et que le salarié voit diminuer sa rémunération de ce fait, il s'agit à l'évidence d'une sanction pécuniaire (Cf. également Cass. soc. 14 juin 2005, n° 03-43608 : la suppression d'une prime en raison de faits considérés comme fautifs est une sanction pécuniaire prohibée).

Cependant, toute diminution de prime ou tout refus d'augmentation ne constituent pas une sanction pécuniaire prohibée par l'art. L. 122-42. Il faut distinguer l'aspect disciplinaire de l'aspect contractuel. Le seul fait d'accorder une augmentation de salaire à certains salariés en fonction de leurs qualités professionnelles ne constitue pas à l'égard des autres salariés une sanction (soc. 29 mai 1990, D. 1990, IR 167).

## **Section 2 - Les règles de procédure**

L'article L. 122-41 a institué une procédure disciplinaire qui se propose de garantir le salarié contre l'arbitraire.

La procédure légale n'exclut pas la mise en oeuvre de procédures conventionnelles si elles aboutissent à donner au salarié des garanties complémentaires.

La procédure légale comporte :

- l'obligation d'une convocation à un entretien préalable qui ne s'impose que pour les sanctions qui peuvent affecter la situation du salarié dans l'entreprise.
- l'obligation d'une notification écrite et motivée qui s'applique à toute sanction .

## § 1 La convocation à un entretien préalable

La loi soumet certaines sanctions à une procédure préalable de convocation du salarié à un entretien. L'objet est de lui permettre de fournir des explications. Cette procédure ne s'impose pas aux sanctions mineures comme le blâme ou l'avertissement.

Forme de la convocation : l'art. R. 122-17 précise que la convocation doit indiquer :

- son objet -le fait que l'employeur envisage de prendre une sanction à son encontre-

La lettre de convocation n'a pas à énoncer les motifs de la mesure envisagée ni les faits reprochés ( C.A. Amiens, 13 déc. 1984).

- la date, l'heure et le lieu de l'entretien.
- Elle doit rappeler que le salarié a la faculté de se faire assister par un salarié de l'entreprise.

Cette convocation est écrite et est remise de la main à la main contre décharge ou adressée par lettre recommandée.

La loi n'impose pas de délai entre la convocation et le jour fixé pour l'entretien. Comme en matière de licenciement, il importe qu'un délai suffisant soit laissé au salarié pour qu'il puisse se préparer à l'entretien.

Le délai doit permettre au salarié de se faire assister par un membre du personnel.

Il est à noter que la loi du 18 janvier 1991 limite la possibilité pour le salarié de se faire assister par un conseiller extérieur à l'entreprise, aux seuls licenciements. Cette possibilité ne peut donc s'exercer pour l'entretien préalable à une sanction disciplinaire autre que le licenciement.

Durant l'entretien, l'employeur doit indiquer au salarié le motif de la sanction envisagée et recueillir ses explications. L'employeur peut se faire assister par le chef du service mais pas par une personne extérieure.

## §2 - La notification de la sanction

La sanction, qui doit être notifiée par écrit (lettre recommandée ou remise en mains propres contre décharge) doit être motivée (art. L. 122-41<sup>55</sup>). La motivation doit être suffisante pour permettre au salarié de connaître la nature des faits qui lui sont reprochés et qui sont sanctionnés. (Cass. soc. 5 mars 1987).

- délai minimum : La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc après le jour fixé pour l'entretien. (jour franc signifie après l'expiration d'un délai de 24 h, de minuit à minuit). Le délai d'un jour franc court entre la date de l'entretien et celle de la notification de la sanction.(art. L 122.41et R 122-17 à 19.)

Si ce délai d'un jour franc n'est pas respecté, le juge peut annuler la sanction. Toutefois, il n'y est pas obligé. Le juge peut refuser d'annuler la sanction s'il n'est pas établi que le respect du délai d'un jour franc aurait pu l'éviter. En d'autres termes, la sanction aurait été la même si le délai d'un jour franc avait été respecté (Cass. soc. 17 déc. 1987, Fontaine c/ SARL Dehay).

- délai maximum : La sanction ne peut intervenir plus d'un mois après l'entretien. Le délai expire à 24 heures le jour du mois suivant (ex 31 mai-30 juin minuit ; 22 octobre-22 novembre minuit). Si le délai expire un samedi ou dimanche ou un jour férié ou chômé, le délai est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Toutefois, la mise en oeuvre d'une procédure imposée par une disposition conventionnelle peut allonger le délai de notification de la sanction. (Cass.soc. 13 fev. 2001, Abderrazak).

\* application effective de la sanction

---

<sup>55</sup> Aucune sanction disciplinaire ne peut être infligée à un salarié sans qu'il soit informé en même temps par écrit des griefs retenus contre lui

La détermination de la date d'exécution de la sanction relève de l'appréciation de l'employeur en considération de l'organisation du travail. S'il attend trop pour la mettre en œuvre, le juge peut considérer qu'il y avait renoncé (pour un délai de 20 mois, Cass.soc. 10 juil. 2002, SA Forges de Froncles ; Cass 21oct 2003)

### **Section 3 - Le contrôle judiciaire de la sanction**

Le salarié qui conteste la sanction qui lui a été infligée peut saisir le Conseil des Prud'hommes afin d'en obtenir l'annulation (mais jamais la révision).

Malgré des prévisions très pessimistes en 1982, le contentieux disciplinaire est aujourd'hui peu important : sans doute parce que le salarié peut maintenant s'expliquer au cours de l'entretien préalable avec l'employeur. Plus certainement parce qu'il n'ignore pas que l'assigner en justice alors qu'il continue à travailler dans l'entreprise ne constitue pas une assurance de promotion.

Trois motifs d'annulation de la sanction sont prévus par l'art. L. 122-43 :

- comme avant 1982, la sanction injustifiée sera annulée par le juge. Pas de faute, pas de sanction, la règle est ancienne. Dans l'hypothèse où les faits ne sont pas établis, il paraît évident que l'employeur doit en rester là. Le doute profite au salarié.(cass. soc. 26 juin 1986, Somaf c/ Coette).

- si la procédure a été irrégulière, le juge peut également annuler la sanction ;

Le juge vérifie :

- qu'il y a eu convocation à un entretien préalable ;
- que le salarié a pu se faire assister par une personne de l'entreprise;
- que l'employeur a bien recueilli les explications du salarié ;
- que les délais ont été respectés ;
- que la sanction a fait l'objet d'une notification écrite et motivée.

L'annulation est une sanction de fond, sévère pour une irrégularité de forme. Celle-ci est tempérée : seule une irrégularité ayant porté préjudice au salarié pourra entraîner l'annulation et le juge n'est jamais forcé de la prononcer.

Si le juge annule la sanction, l'employeur pourra, après accomplissement de la procédure, infliger la même sanction : jurisprudence dissuasive... pour le salarié.

Cependant, l'annulation d'une sanction pour cause d'absence d'entretien préalable interdit à l'employeur de prononcer une nouvelle sanction, dans la mesure où le délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur a eu connaissance du fait fautif est expiré (Cass. soc. 18 janv. 1995, Hammadi c/ Sté Sogara).

S'il s'agit d'une irrégularité de fond

- la sanction disproportionnée à la faute pourra enfin être annulée : c'est la nouveauté principale de la loi de 1982, la jurisprudence refusant auparavant d'effectuer ce contrôle.

Il n'est pas demandé au juge de statuer sur l'exacte proportionnalité de la faute à la sanction, quête impossible, mais de sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation du chef d'entreprise : ainsi, 5 jours de mise à pied pour un retard de cinq minutes. Mais en aucun cas le juge prud'hommal ne pourra en infliger une inférieure.

Rien n'empêche enfin l'employeur dont la première sanction a été annulée d'en infliger une seconde moins élevée : celle figurant par exemple en dessous dans la liste des sanctions, forcément énoncée par le règlement intérieur. Il n'aura pas à réitérer la procédure, déjà accomplie (Cass. soc. 4 fév. 1993, Bel Hadj c/ labo. Nicholas).

## **Titre 4 : Evolution de la relation salariale**

L'exécution de la relation contractuelle de travail peut être affectée par deux écueils : soit la modification du contrat de travail soit la suspension de la relation de travail.

### **Chapitre 1 - la modification du contrat de travail**

La modification des droits des salariés ne résulte pas obligatoirement de la modification du contrat de travail. Elle peut aussi résulter de la modification ou de la dénonciation d'une convention collective. Ces modifications obéissent à un statut juridique très différent. Un salarié peut perdre ses droits sans pouvoir s'opposer à cette perte lorsqu'il s'agit de droits d'origine conventionnels.

Nous ne nous intéresserons ici qu'à la modification individuelle effectuée à titre individuel.

Le contrat de travail place le salarié sous la subordination juridique de l'employeur. Cette subordination juridique implique nécessairement que l'employeur dispose d'un certain nombre de droits, y compris celui d'aménager la relation contractuelle.

La question qui se pose est celle des limites de cet aménagement.

En dehors des cas où la modification est prévue par avance, la difficulté vient de ce qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne définit les éléments qui peuvent être modifiés et dans quel limites. C'est la jurisprudence qui a construit le régime de la modification du contrat de travail.

Pendant longtemps, les juges ont fait la distinction entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat de travail.

La modification non substantielle était celle qui ne touchait pas aux " bases fondamentales du contrat".

La modification substantielle affectait à l'inverse les éléments essentiels du contrat.

Les conséquences de la distinction étaient les suivantes : l'employeur ne pouvait pas imposer une modification substantielle tandis qu'à l'inverse le salarié qui refusait une modification non substantielle commettait une faute considérée généralement comme grave. (Soc 26 nov 1987).

L'expression "modification substantielle" a longtemps été utilisée par la Cour de Cassation pour désigner une modification importante qui, depuis l'arrêt Raquin (8 oct 1987, Dr soc. 1988, 141), ne peut être imposée au salarié unilatéralement.

Mais depuis un certain temps déjà, la jurisprudence a changé de terminologie. Ce changement a été amorcé par des arrêts rendus en 1990 qui faisaient l'économie du terme "substantiel" pour ne retenir que celui de modification.

Mais c'est par des arrêts des 24 et 25 juin 1992 que la Cour de cassation a précisé sa position en opérant une distinction entre "la modification du contrat de travail" et "le changement des conditions de travail".

Désormais, la haute juridiction fait la distinction entre :

- le changement des conditions de travail qui est opposable au salarié, c'est à dire qu'il ne peut pas refuser car ils ne concernent pas la sphère contractuelle et sont l'expression du pouvoir de direction du chef d'entreprise ;
- et la modification d'un "élément essentiel du contrat de travail", celle-ci constituant une modification du contrat soumise à l'accord des salariés.

La difficulté consiste alors à déterminer les éléments du socle contractuel. Si le contrat de travail a fait l'objet d'un écrit précisant de façon détaillée les droits et les obligations des parties, il suffit de se reporter à cet écrit. Dès qu'une modification est apportée à l'une des clauses du contrat il y a modification du contrat. Du coup les employeurs peuvent intégrer dans le contrat des clauses de mobilité géographiques ou professionnelles. La mise en œuvre de ces clauses ne constitue pas une modification

du contrat puisque la mutation ou la nouvelle attribution professionnelle intervient en application d'une clause contractuelle.

L'autre hypothèse, la plus fréquente, est celle où le contrat n'a pas fait l'objet d'un écrit ou a été rédigé de manière très sommaire.

Pour déterminer si une modification porte ou non sur un élément essentiel du contrat, les juges du fond, en l'absence d'écrit, vont devoir se référer à l'intention des parties au moment de l'embauche. L'appréciation de la commune intention des parties est délicate. Celle-ci s'apprécie à la date de conclusion du contrat et la situation personnelle actuelle du salarié ne doit pas, en principe, être prise en compte.

La Cour de Cassation exerce aujourd'hui un contrôle sur la qualification donnée au changement. Si la rémunération constitue incontestablement une modification du contrat, des incertitudes demeurent pour le lieu de travail, l'horaire de travail ou encore la tâche à accomplir.

## **Section 1 - Notion de modification contractuelle**

Quatre éléments auraient vocation à constituer le socle contractuel : la rémunération, les fonctions du salarié, le lieu de travail et la durée du travail.

### **§ 1 - la rémunération**

La rémunération est nécessairement un élément du contrat de travail. Il n'y a pas de contrat de travail à titre gratuit. La rémunération est donc par essence contractuelle. Pour la Cour de cassation, le **mode de rémunération** constitue un élément essentiel du contrat de travail qui ne peut être modifié sans l'accord des salariés.

La rémunération contractuelle du salarié constitue un élément du contrat de travail, qui



ne peut être modifié, même de manière minimale, sans son accord (Cass.soc. 18 oct. 2006, n° 05.41.643).

C'est ce que la Cour de Cassation a affirmé dans un arrêt Sté Systia Informatique du 28 janvier 1998 : *“Le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux”*. (Dans le même sens Cass.soc. 30 mai 2000, Lecoœur c/sté Canon).

Ainsi, lorsque le salaire comporte un élément fixe et un élément mobile, il est impossible de modifier, sans le consentement du salarié, les proportions fixées par le contrat.

Dans le cas d'une rémunération calculée uniquement au pourcentage, celui-ci ne peut pas non plus être touché sans l'accord du salarié. (cass.soc. 7 juin 2006, n° 04 43 987 D).

Peu importe que la modification apportée soit minimale ou encore que le nouveau mode de rémunération apparaisse plus favorable au salarié (soc 19 mai 1998, Di Giovanni et soc 12 janv 1999 Rouxel).

La modification ne peut intervenir non plus en cours de préavis (cass.soc 9 décembre 1998, Taxis).

Il convient de préciser que seule la rémunération **contractuelle** est concernée, c'est à dire celle prévue par le contrat, par opposition aux éléments de rémunération résultant d'une convention ou d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur.

La Cour de cassation a également précisé, dans une décision du 2 décembre 1998 Sté Paluel Marmont que *“le fait pour l'employeur de priver un salarié, en la changeant d'affectation, du bénéfice de la convention collective prévue par une disposition*

expresse du contrat de travail constitue une modification de ce contrat (...)".

Enfin, une clause insérée dans le contrat de travail ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier unilatéralement la rémunération contractuelle du salarié (Cass.soc. 3 juillet 2001, ADIALc/Trouvay et Cauvin et Cass. Soc. 27 fév. 2001 ) /.

La jurisprudence est particulièrement vigilante en la matière

- 16 juin 2004, n° 01-43.124 : La clause du contrat permettait à l'employeur de modifier le secteur du salarié représentant commercial, et le mode de distribution, ce qui pouvait avoir une incidence sur la rémunération de l'intéressé ;
- Cass .soc. 18 avril 2000 en ce qui concerne le taux des commissions ;  
Cass.soc. 18 juil. 2000 s'agissant du volume des commandes lorsque le salarié est rémunéré au pourcentage

## **§ 2 - la qualification du salarié**

Au même titre que la rémunération, le travail que doit effectuer le salarié est nécessairement un élément du contrat de travail. On comprend dans ce cas que la modification des fonctions soit subordonnée à l'accord des parties.

A priori, le salarié est embauché pour effectuer telle tâche selon telle ou telle qualification.

La première leçon à en tirer est que le salarié ne commet pas une faute en refusant d'exécuter une tâche ne relevant pas de son emploi. Ainsi un employeur ne peut-il exiger de son salarié des tâches complémentaires ne rentrant pas dans ses attributions commerciales.

S'il exige des tâches qui ne rentrent pas dans ses attributions, le fait alors pour le salarié de conclure des contrats dans des conditions soi-disant aberrantes ne constitue pas une faute susceptible de légitimer un licenciement (soc 8 avril 1998 , Sté Picardie).

De même, dans un arrêt du 2 février 1999, CASTORAMA, la Cour de cassation confirme que le fait de faire effectuer à un salarié des tâches qui ne relèvent pas de sa qualification et étrangères à l'activité pour laquelle il a été embauché, interdit à l'employeur de lui reprocher les erreurs commises.

La modification peut résulter du changement de qualification entraînant des tâches différentes mais elle peut aussi relever d'une promotion imposée au salarié. Ainsi, le salarié n'est pas tenu d'accepter des responsabilités supérieures, et ce d'autant moins qu'aucune compensation salariale n'est proposée (soc 16 décembre 1998 Domenech).

Plus souvent, c'est à une réduction de la qualification du salarié qu'est confronté le juge. Ainsi, la modification est-elle caractérisée lorsque l'employeur retire au salarié la plupart de ses responsabilités (soc 25 novembre 1998 Pele , soc 20 janvier 1999, Goachet "en mettant fin aux fonctions de chef de secteur et de chef de région, l'employeur a modifié le contrat).

Cela ne signifie pas que l'employeur ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour modifier es attributions d'un salarié.

Mais jugé que "l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction peut changer les conditions de travail d'un salarié ; que la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail" (cass. Soc. 10 mai 1999, Sté Hortifruit). En l'espèce, la salariée, engagée comme ouvrière agricole, était initialement affectée à la cueillette des citrons et avait été affectée à l'engainage des bananes". (de même cass.soc. 8 mars 2006, n° 05 -41 028 D : la nouvelle mission confiée à un cadre entrait pleinement dans ses attributions).

De même, à partir du moment où le changement de poste d'un salarié ne modifie pas son degré de subordination à la direction générale, que sa rémunération, sa

qualification de fondé de pouvoir et son niveau hiérarchique sont conservés, le changement de département auquel était affecté le salarié constitue une simple modification des conditions de travail qu'il ne peut refuser (Cass.soc. 10 oct. 2000, n° 98.41.458: Jorge Villena c/sté Sélectimo. )

De même, ne constitue pas une modification du contrat mais un simple changement des conditions de travail le fait, pour un salarié employé de bourse de quitter ses fonctions à la criée pour occuper celles d'assistant trader (négociateur) à la table de options. (Cass.soc. 24 fev. 2004 n° 02-41.673, voir à titre de comparaison Cass.soc. 21oct. 2003, n° 01-44.422 : nouvelle tâche n'entrant pas dans la qualification contractuelle).

La qualification d'un salarié s'apprécie au regard des fonctions réellement exercées par lui et non en considération des seules mentions figurant sur le contrat de travail. Ainsi, dans l'hypothèse où une salariée d'un hôtel, qui exerçait depuis plusieurs mois les fonctions d'assistante de gérance, a été réaffectée en tant que de femme de chambre, la cour d'appel ne peut se borner à relever que son contrat de travail faisait état de fonctions « d'employée polyvalente » pour décider que la salariée ne pouvait refuser cette réaffectation. (Cass. soc., 17 janv. 2006, no 04-43.228 D)

### **§ 3- le lieu de travail**

Qu'en est-il du lieu présenté aussi comme un "pilier contractuels" ?

Le contrat de travail peut être explicite sur le lieu de travail, ou au contraire rester muet sur le sujet.

La clause explicite doit s'entendre elle même de deux manières.

- Si le contrat fixe un lieu précis de travail, le salarié peut refuser une affectation dans un autre endroit (Soc 27 mai 1998 Mizon). Toutefois la Cour de cassation a précisé récemment que la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur

d'information à moins qu'il ne soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exercera exclusivement son travail dans ce lieu (cass soc 27 sept. 2006, n° 04.46 314).

- si le contrat comporte une clause de mobilité, il peut s'exécuter dans plusieurs lieux différents. Dans ce cas, dès l'instant que la clause est mise en oeuvre de bonne foi, le changement ne modifie pas le contrat ; il n'en est que l'exécution. (Cass.soc 10 juin 1997 : "Attendu qu'en procédant à un changement des conditions de travail en exécution d'une clause de mobilité, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction, et qu'il appartient à celui qui invoque un détournement de pouvoir d'en apporter la preuve".

Si le contrat de travail reste muet sur le lieu de travail, il convient de distinguer entre le contrat international, qui par nature s'exécute en plusieurs lieux et les autres contrats. Le contrat international de travail aurait vocation à s'exécuter dans n'importe quelle filiale (Cass.soc 20 oct 1998 : le salarié pouvait être muté dans l'ensemble des filiales et n'était donc affecté à aucun lieu déterminé) mais cette jurisprudence pourrait évoluer suite à la jp du 5 mai 2004 (Cf infra).

Le contrat de droit commun, lui, doit, à défaut de clause précise, s'effectuer dans un **secteur géographique**. Autrement dit, dès l'instant que l'entreprise, même si elle change de siège, reste dans le même secteur, les contrats de travail ne sont pas modifiés.

Annoncé par un arrêt Boghossian du 20 oct 1998 concernant un déplacement à l'intérieur de la région parisienne, la jurisprudence s'est fixée avec un arrêt Tisserant du 16 décembre 1998 *"le fait d'affecter un salarié qui travaillait sur des chantiers à un atelier fixe, situé dans le même secteur géographique, n'entraîne pas modification du lieu de travail, et constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction de l'employeur »*.

Il appartient aux juges du fond de définir le secteur géographique. Ainsi, c'est à tort qu'une Cour d'appel juge sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qui

avait refusé le transfert de son lieu de travail de Villeneuve la Garenne à Saint Ouen, au prétendu motif que l'intéressé s'était vu imposer une modification de son contrat de travail, sans rechercher si la mutation intervenue entre deux communes limitrophes ne se situait pas dans le même secteur géographique (Cass.soc. 8 fev. 2005, n° 02-46.987).

De même, un salarié, en l'occurrence un cadre commercial, ne peut refuser son affectation à un nouveau lieu de travail dès lors que le contrat ne comporte aucune stipulation relative à son lieu de rattachement et que l'ancien et le nouveau site ne sont distants que de 20 km (Cass.soc. 7 juillet 2004, n° 02-43.915).

Mais dans un arrêt du 15 juin 2004 (N° 01-44-707), la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui, après avoir constaté que le nouveau poste se situait a priori dans le même secteur géographique que l'ancien ont néanmoins énoncé qu'il s'agissait d'une modification du contrat de travail que la salariée était en droit de refuser « *compte tenu de la desserte de moyens de transports de chacun des sites litigieux* ».

**En présence d'une clause de mobilité**, la modification n'est pas systématiquement acquise pour l'employeur. On peut citer deux arrêts. Dans une première affaire, l'employeur se réservait la possibilité de muter les salariés dans une zone géographique « répondant aux mêmes critères d'accessibilité ». Du fait du refus de plusieurs salariés de travailler à Courbevoie alors qu'ils exerçaient leurs fonctions à Blanc Ménil, l'employeur a cru bon de les licencier pour faute grave.

En présence d'une clause obscure les juges ont interprété la clause dans le sens où le nouveau lieu de travail devait répondre aux mêmes critères d'accessibilité en matière de moyens de transport, de durée des transports, de compatibilité de ceux-ci avec les horaires de travail, de temps de trajet et de conséquences sur la vie familiale. De par ces exigences, il est certain que les salariés n'accédaient pas de la même manière à Courbevoie et à Blanc Mesnil.

Cet arrêt est à rapprocher d'une décision par laquelle la chambre sociale a exigé que la clause de mobilité précise la limite dans laquelle la mutation du salarié peut intervenir. A défaut, le salarié peut refuser de se soumettre à la clause de mobilité (Soc. 19 mai 2004, n° 02-43-252).

Signalons enfin que la clause de mobilité ne doit pas entraîner une baisse de rémunération. Peut donc refuser sa nouvelle affectation le salarié qui craint une baisse sensible de la part variable de son salaire en raison de la faible activité de l'établissement dans lequel elle est mutée (Cass.soc. 15 déc. 2004, n° 02-44-174).

Même démarche dans le cas où la mutation s'accompagne d'un changement de qualification (Cass.soc. 24 fév. 2004).

En outre, le transfert d'un salarié d'une société à une autre constitue également une modification du contrat, peu important que les sociétés aient le même dirigeant (Cass.soc. 5 mai 2004, n° 02-42.580).

#### **§ 4 - la durée et l'horaire de travail**

Tout contrat de travail est prévu pour une certaine durée et le travail doit s'effectuer selon un certain horaire.

Durée et répartition prennent une importance décisive dans le contrat à temps partiel.

Ainsi la Cour de Cassation affirme-t-elle que la répartition du travail à temps partiel, telle qu'elle doit être prévue en application de l'article L 212-4-3, constitue un élément du contrat qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié. La répartition du travail sur trois jours au lieu de quatre constitue une modification substantielle (cass. Soc 7 juillet 1998, Reboul).

S'agissant des contrats ordinaires, c'est à dire conclus par la durée légale du travail, la

diminution ou l'augmentation de la durée du travail constitue une modification du contrat.

Dans un arrêt du 24 mars 2004 (Cass.soc. n° 02-45-130) la chambre sociale rappelle que la réduction du salaire, lorsque la durée du travail effectif est ramenée à la durée légale par décision unilatérale de l'employeur, doit être qualifiée de modification du contrat. Par conséquent, l'employeur ne peut pas licencier disciplinairement son salarié dès lors qu'il refuse la réduction de son temps de travail à 35 h avec réduction proportionnelle de son salaire ».

En revanche, la décision de l'employeur de recourir, dans la limite du contingent autorisé, aux heures supplémentaires ne constitue pas une modification du contrat de travail (cass. Soc. 9 mars 1999 Dugard).

Pour ce qui concerne la réduction du temps de travail, la mise au chômage partiel, pour une période où le salarié est indemnisé, ne constitue pas une modification du contrat de travail. (Celle-ci doit être bien sûr justifiée) (cass. Soc 9 mars 1999 Dugard).

**La fixation des horaires** en revanche appartient en principe au pouvoir de direction de l'employeur. Le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail (Cass.soc. 22 fév. 2000 Bemizet c/Lacroix et Soc. 9 avril 2002, n° 97-44.339). Il en est de même si le changement intervient sur la semaine (travail le samedi au lieu du lundi).

Il reste qu'un véritable bouleversement des horaires (horaires de nuit au lieu de l'horaire de jour par exemple ou horaires groupés sur trois ou quatre jours au lieu de cinq par exemple) peut être considéré comme une modification. C'est ce que décide un arrêt du 10 mai 1999: "l'employeur avait décidé une réorganisation complète de la répartition du travail la semaine et ainsi modifié les contrats de travail". (en ce sens également Cass.soc. 22 oct. 2003 Sté Caen Froid ).



Ainsi est considéré comme un bouleversement le passage partiel en horaire de nuit (Cass.soc. 7 avril 2004, n° 02-41.486) ou bien encore le passage d'un horaire continu à un horaire discontinu ainsi que le passage d'un horaire fixe à un horaire variant chaque semaine suivant un cycle (Cass.soc. 6 juillet 2004, n° 02-44.331).

Il en est de même du passage d'un horaire fixe à un horaire variable (Cass.soc. 14 nov. 2000, Ste Petit) qui constitue une modification du contrat.

## **Section 2 - la procédure**

La modification est soumise à des règles différentes selon le motif pour lequel elle est envisagée.

### **§ 1- s'agissant du motif économique**

L'art. L. 321-1-2 du C. trav., modifié par la loi du 18 janvier 2005, prévoit que lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour un motif économique il en fait la proposition au salarié par lettre RAR.

La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de la réception pour faire connaître son refus.

A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. Le silence du salarié vaut ici acceptation.

La Cour de cassation avait jugé que l'employeur est tenu d'adresser une notification individuelle à chaque salarié. Il ne peut, même par un accord passé avec les représentants du personnel, se dispenser de prévenir individuellement les salariés de la modification apportée à leur contrat de travail (cass. Soc 10 déc 1987).

L'employeur doit permettre au salarié de lui répondre en toute connaissance de cause. A cette fin, il doit lui indiquer avec suffisamment de précision en quoi consiste la

modification projetée.

A défaut, le licenciement qui serait éventuellement prononcé en raison du refus du salarié d'accepter la modification pourrait être considéré par le juge comme étant sans cause réelle et sérieuse. En effet, comme tout licenciement, celui-ci doit être fondé sur cause réelle et sérieuse, le refus ne caractérisant pas à lui seul un motif de licenciement (soc 7 juillet 1998 Roig c/ Dorandeu et a).

Si l'employeur licencie avant l'expiration du délai de réflexion, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse (soc., 10 décembre 2003, Recueil Dalloz 2004, Informations rapides p. 323).

La demande d'un délai de réflexion supplémentaire de la part du salarié doit être assimilée à un refus (Cass.avis 6 juillet 1998, n° 09820011 P).

## **§ 2 - Les autres cas de modification,**

Dans les autres cas, et sauf disposition conventionnelle contraire, l'information est obligatoire mais n'est soumise à aucune condition de forme. Une notification écrite se révèle toutefois indispensable, car elle permet de demander expressément au salarié s'il accepte ou refuse la modification.

L'employeur est tenu de laisser à l'intéressé un délai suffisant pour faire connaître son acceptation ou son refus. L'administration préconise le respect d'un délai de 15 jours.

Jugé qu'avait agi avec une précipitation fautive l'employeur ayant laissé 24 heures à un salarié pour accepter un nouveau poste alors que l'intéressé avait demandé un délai de réflexion de 10 jours.

### **Section 3 -Conséquences juridiques**

La modification du contrat de travail est subordonnée à l'accord du salarié. Un tel accord est indispensable comme l'ont confirmé plusieurs arrêts récents.

En cas de refus du salarié, l'employeur doit en tirer les conséquences.

#### **§ 1 - Acceptation de la modification**

Sauf en cas de modification pour motif économique où le salarié est réputé avoir accepté la modification s'il ne notifie pas son refus dans le délai d'un mois, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de l'acceptation du salarié.

La preuve peut être rapportée par tous moyens. Il n'est pas nécessaire de produire un écrit. L'acceptation tacite pourra être retenue mais elle ne doit pas être équivoque. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'est équivoque l'apposition d'une signature sur un relevé d'horaire. Une telle signature ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque d'accepter une modification de la durée du travail (cass. Soc 16 fév. 1999 Sté Resto Ferme).

De même est équivoque la simple apposition d'une signature sur un bulletin de paye pour établir l'acceptation d'une modification de la durée du travail, base de calcul de la rémunération. (Cass. Soc 31 mars 1999 Tissandier)

En particulier, lorsque le salarié a expressément refusé la modification substantielle, toute en poursuivant son travail, on ne peut pas considérer qu'il y a acceptation tacite. La Cour de Cassation l'a affirmé : "l'acceptation de la modification ne peut résulter de la seule poursuite du travail ( soc 8 oct 1987 Raquin ;soc 10 nov 1998 Henry).

Un salarié qui, ayant par exemple refusé une réduction de sa rémunération, a néanmoins poursuivi son travail, pourra prétendre à un rappel de salaire (soc 17.10.90 et Cass. Soc, 10 nov. 1988, Mouton c/ S.A. GAN vie) ou à un rappel de commission (Cass. soc. 13 oct. 1988, Ets Menoni c/ Lassalle) ou une prime de fin d'année (Cass. soc. 17 fév. 1993, Guillon c/ Sté Gilibert remorques)

En pratique, l'employeur a tout intérêt à faire un avenant au contrat de travail et exiger une acceptation écrite sans réserves qui permet d'éviter toute contestation ultérieure. (Cass. Soc. 2 juil 2003. :refus de l'employeur de fournir au salarié des éclaircissements au salarié sur la modification de son contrat : vice du consentement).

On s'est demandé quels étaient les effets exacts de la modification sur le contrat. A savoir, le premier contrat disparaissait-il complètement au profit d'un nouveau contrat ou bien le premier contrat subsistait-il avec des modifications ?

C'est la seconde interprétation qui a été retenue.

Les obligations insérées dans le premier contrat et qui n'ont pas fait l'objet de modifications substantielles persistent. Il en est ainsi par exemple de l'obligation de non concurrence insérée dans le contrat initial.

Le contrat initial continue donc à exister. Seule l'obligation contractuelle ayant fait l'objet d'une modification substantielle est novée. Cela signifie que l'obligation contenue dans le contrat initial est complètement éteinte. Ainsi, l'employeur ne pourra pas exiger ultérieurement le retour à la situation initiale.

## **§2 - Refus du salarié**

S'agissant du refus d'une modification des conditions de travail, si celui-ci justifie un licenciement pour cause réelle et sérieuse, il ne se transforme pas systématiquement en licenciement pour faute grave (Cass.soc. 11 mai 2005, n° 0341-753).

C'est à l'employeur de tirer les conséquences du refus du salarié d'une modification substantielle. Il doit, soit revenir aux conditions antérieures, soit prendre l'initiative de la

rupture.

Concernant les modifications justifiées par un motif économique , la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique ( Cour de cassation, soc., 11 décembre 2001, n° 99-42.906 (n° 5196) Recueil Dalloz 2002, Informations rapides p. 1012).

Pour que le licenciement, fondé sur un refus de la modification du contrat, soit justifié, il faut que la modification du contrat initialement envisagée soit elle même justifiée.

#### S'agissant de la modification sanction

Par un arrêt du 16 juin 1998, la Chambre sociale de la Cour de cassation a consacré le principe selon lequel « *une modification du contrat prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; cependant en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire prononcer une autre sanction aux lieux et place de la sanction refusée* ( Cass.soc. 16 juin 1998, n° 95-45.033 puis Cass.soc. 3 fev. 2004 (n° 01-46.206).

En d'autres termes, le licenciement prononcé, à) titre de sanction, contre le salarié qui refuse la sanction prévue initialement, est-il justifié ?

Tout dépend des circonstances. Deux exemples :

1. S'agissant d'un licenciement pour motif personnel (Cass.soc. 27.5.1998)

Le salarié avait refusé une modification de son contrat de travail imposée à titre de sanction disciplinaire.

La Cour de cassation réaffirme que le refus d'une modification de son contrat de travail ne constitue pas une cause de licenciement pour le salarié.

La modification était justifiée aux yeux de l'employeur par l'insuffisance professionnelle.

Si l'employeur tire les conséquences du refus du salarié, il doit le licencier.

Les juges examineront alors si l'insuffisance professionnelle, qui constitue le véritable motif du licenciement est avérée. En l'espèce, l'employeur n'avait pas rapporté la preuve de cette insuffisance professionnelle.

Il faut être attentif à la motivation du licenciement consécutif au refus par le salarié d'une première sanction disciplinaire. Lorsque la sanction consiste en une modification du contrat, le refus du salarié est légitime et, surtout, ne peut à lui seul fonder le licenciement : ce n'est donc que si les faits, initialement reprochés au salarié et qui ont donné lieu à la première sanction sont de nature à justifier la rupture du contrat, que l'employeur pourra opter en second lieu pour un licenciement, lequel devra être motivé par les faits en question. (exemple Cass.soc. 7 juillet 2004, n° 02 44 476).

Ainsi, si l'employeur peut licencier un salarié qui refuse la sanction, les juges doivent vérifier si les faits invoqués par l'employeur constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement. (Cass.soc. 16 juin 1988, Khouhli).

## 2 Soc 14 mai 1997 à propos d'un licenciement économique.

La CA avait constaté un sureffectif dans une agence bancaire justifiant la mutation du salarié . Elle avait retenu le motif économique.

Pour la Cour de cassation, la motivation est insuffisante.

Il faut vérifier ensuite que le licenciement en cause entre bien dans la catégorie des licenciements pour motif économique. Il faut ensuite procéder au contrôle de la justification.

A l'inverse Cass.soc. 24 nov. 2004. En l'espèce, un salarié, directeur informatique en

France, a été licencié pour motif économique suite à son refus d'exercer ses fonctions en Allemagne. Il demande alors le versement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais sans succès. La Chambre sociale de la Cour de Cassation considère en effet que la Cour d'appel a suffisamment motivé sa décision en décidant que le licenciement pour motif économique était justifié dans la mesure où, pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, une réorganisation nécessitait la suppression du poste en question.

## **Chapitre 2 : La suspension du contrat de travail**

La notion de "suspension" est difficile à cerner. Chaque auteur -ou presque- propose sa définition.. Il serait d'ailleurs plus exact de parler de suspension de certaines obligations que de suspension du contrat. En effet, ce qui est en cause, c'est la possibilité pour l'une des parties de ne pas exécuter ses obligations principales, et plus particulièrement celle liée à la prestation de travail, alors que d'autres obligations subsistent.

Fait remarquable, cette inexécution est légitime et n'entraîne donc pas la rupture du contrat : de ce point de vue la suspension est d'abord l'antithèse de la rupture.

Fondamentalement, elle autorise le salarié à se placer hors du lien de subordination et à l'employeur à ne pas se conformer à l'effet obligatoire attaché à tout contrat.

Dans une large mesure, il s'agit donc d'un mécanisme protecteur, le plus souvent en faveur du salarié, comme en témoignent les règles en matière de maternité, de maladie ou de congé.

Chacun de nous a été, est ou sera un jour malade -ou victime d'un accident- et empêché par là d'exécuter son travail.

Il y a lieu de distinguer la maladie non professionnelle de la maladie professionnelle ou accident du travail. Puis nous examinerons le cas particulier de la maternité.

### **Section 1 - La maladie ou accident non professionnel**

La maladie du salarié est une des situations entraînant l'absence du salarié de son poste de travail, analysé comme étant une simple suspension de l'exécution du contrat de travail.



La position constante de la Cour de Cassation ,depuis un arrêté du 3 décembre 1934, a été de considérer que la maladie ne rompait pas le contrat de travail mais en suspendait seulement l'exécution.

Cette position jurisprudentielle fut maintes et maintes fois reproduite. Toutefois, et pendant longtemps, la maladie ou l'accident non professionnel ont quand même entraîné des conséquences fâcheuses pour le salarié qui en était victime.

On s'est aperçu notamment que la protection présentait des failles regrettables dans la mesure où la jurisprudence admettait largement que la maladie fut une cause de rupture du contrat de travail, caractérisant la force majeure et s'opposant ainsi à toute indemnisation du salarié.

C'est sur ce terrain qu'ont eu lieu les évolutions les plus sensibles. Si la maladie ou l'inaptitude physique peuvent toujours conduire à la cessation des relations contractuelles, l'employeur doit aujourd'hui se placer sur le terrain du licenciement. La législation a largement accompagné ce mouvement jurisprudentiel.

La loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap et la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 ont,

- d'une part prohibé les comportements discriminatoires liés à l'état de santé ou à un handicap tant au moment de l'embauche qu'au moment de la rupture
- et, d'autre part, consacré une véritable obligation de reclassement à l'image de celle que connaît la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

### **§ 1 - maladie et suspension du contrat de travail**

Lorsqu'un salarié est mis dans l'incapacité de travailler par une maladie ou un accident, son contrat de travail est suspendu. (Cass.soc 16 juil 1987, Bull civ. V, p. 521).

La portée de cette affirmation mérite d'être nuancée. Elle interdit le licenciement fondé sur le seul fait que le salarié soit atteint d'une affection ou victime d'un accident. Elle n'interdit pas de prendre en considération les conséquences de la maladie sur le fonctionnement de l'entreprise. De même, l'employeur conserve la possibilité de prononcer la rupture pour un autre motif que la santé du salarié.

## **A - Conditions de la suspension**

### **1°) Maladie ou accident**

La définition de ces notions relève du domaine médical et ne soulève pas de difficulté particulière. La jurisprudence a seulement été amenée à préciser que la suspension pouvait concerner certaines situations assimilées à un cas de maladie telle l'absence à la suite d'une interruption volontaire de grossesse (Soc 8 juin 1983, Bull.civ. V n° 308).

S'agissant des cures thermales, le salarié ne peut prétendre au paiement de l'indemnité complémentaire pour la période pendant laquelle il a fait une cure dès lors qu'aucune disposition législative, réglementaire ou résultant de la convention collective ni aucun usage plus favorable dans l'entreprise ne prévoit une assimilation de l'absence pour cure à un congé maladie (Cass.soc., 18 déc. 1986, n° 85-43.616 ; Ass.plen. 1<sup>er</sup> avr. 1993, Bull.ass.plé. n° 8).

Dans une décision rendue en assemblée plénière, la Cour de Cassation a précisé que le versement des indemnités conventionnelles ne peut concerner une cure thermale que si celle-ci s'accompagne d'une incapacité de travail (Cass.ass.plé. 1<sup>er</sup> avril 1993, Bull. Civ. N° 8, JCP 1993.II.22070). En tout état de cause, il y a lieu d'être attentif à la rédaction des clauses conventionnelles prévoyant le versement des indemnités complémentaires.

### **Maladie et congés payés.**

Les conventions ou accords collectifs, ou à défaut l'employeur après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise, fixent la période annuelle dans laquelle les salariés peuvent exercer leur droit au repos. Dans tous les cas, cette période comprend la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 octobre de chaque année (C.trav. art. L. 223-7).

Que se passe t-il lorsque le salarié tombe malade pendant ses congés ? La survenance d'une maladie pendant cette période de congé illustre le conflit qui peut exister entre deux causes de suspension.

En application du critère chronologique, la jurisprudence estime que la maladie n'interrompt pas le congé. Le salarié malade pendant ses congés ne peut exiger de prendre ultérieurement le congé dont il n'a pu bénéficier du fait de son arrêt de travail (Cass.soc. 4 dec. 1996, bull.civ. V, n) 420).

En outre, pour le calcul de l'ancienneté, la période de suspension n'est pas assimilée à une période de travail effectif. (Art. L. 223-4).

### **1°) les obligations du salarié**

Ces garanties de protection du salarié sont subordonnées au respect de certaines conditions destinées à éviter tout dérapage de l'absentéisme. En particulier l'obligation d'informer l'employeur

#### **l'information de l'employeur**

- Le salarié est tenu d'informer l'employeur des raisons de son absence.

Aucune disposition législative ne réglant les modalités de cette obligation, il convient, sur ce point, de se reporter aux stipulations des conventions collectives, au règlement intérieur ou au contrat de travail. Celles-ci prévoient généralement un délai de 48 heures (qui est le délai prévu comme condition de l'indemnisation complémentaire par

la loi de mensualisation du 19 janvier 1978). Cette information doit également être satisfaite en cas de prolongation de la maladie.

Cela étant, l'information de l'employeur est imposée par la jurisprudence en dehors de toute règle conventionnelle. A défaut de précision, les juges estiment que le certificat doit parvenir à l'employeur dans un délai raisonnable.

Le salarié ne peut se contenter d'informer simplement l'employeur. Il doit également justifier l'arrêt de travail par la production d'un certificat médical.

Les modalités de la production de ce certificat sont en principe déterminées par la convention collective;

L'inobservation de ces obligations peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement mais pas nécessairement. Tout dépend des circonstances et de l'importance du retard dans la production du certificat médical.

Ce sera au juge d'apprécier, en cas de litige, si le retard apporté par un salarié à l'envoi de son certificat médical d'arrêt de travail constitue ou non une cause de licenciement.

Licenciement justifié :

- du salarié qui, 15 jours après la cessation du travail, n'a toujours pas envoyé son certificat médical (Cass. soc. 28 mars 1985, Sté Briqueterie Joly c/ Boislevé) ;
- du salarié qui, hospitalisé un 5 avril n'a adressé aucun avis de prolongation d'arrêt de travail à compter du 28 avril, laissant son employeur sans nouvelles jusqu'au 1er novembre (Cass. soc. 3 fév. 1993, Malinge c/ Hédiard).

Une faute grave a même été retenue à l'encontre d'un salarié absent du 9 au 13 septembre qui n'avait justifié ni son absence, ni son hospitalisation par une pièce quelconque (Cass. soc. 16 mai 1991, Mareai c/ SA Tesolin).

Toutefois, certaines circonstances peuvent ôter au licenciement son caractère réel et sérieux. En voici quelques exemples :

- un retard de 2 jours dans la transmission d'un certificat médical de prolongation d'arrêt de travail ne constitue pas une faute grave ni une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc. 10 fév. 1993, SARL Samer c/ Aouai) ;
- est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée quelques jours après l'expiration de son congé de maladie, alors qu'elle est hospitalisée et dans l'impossibilité physique de faire parvenir un certificat de prolongation de travail : l'employeur aurait dû se renseigner (Cass soc.12 juin 1981).
- est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié qu n'a pas envoyé son certificat de prolongation, alors que l'état de santé du salarié était déjà connu, l'absence antérieure ayant été justifiée par celui-ci (Cass.soc. 24 nov. 1998, Bull.civ. V, n° 229)
- Jugé également que l'information immédiate (en l'espèce par téléphone) de l'employeur sans respecter le délai conventionnel de communication du certificat médical est suffisante pour rendre un licenciement infondé (Cass.soc. 6 mai 1998, BullCiv. V, n° 229, JSL 1998, n° 18)27).

## **B - Les effets de la suspension**

La suspension du contrat de travail pour cause de maladie a pour effet essentiel de conduire à un régime particulier d'indemnisation du salarié qui, parallèlement sera tenu de se soumettre à un contrôle médical et de s'abstenir de tout comportement incompatible avec son état.

### **1- indemnité compensatrice**

En principe, la suspension a un effet synallagmatique : si l'une des partie est dispensée de fournir le travail convenu, l'autre a le droit de ne pas la rémunérer.

Toutefois, le maintien de tout ou partie du salaire est prévu, sous certaines conditions, par les conventions collectives ou, à défaut, par l'accord de mensualisation du 10 décembre 1977 dont les dispositions ont été étendues par la loi du 19 janvier 1978.

Il s'agit d'une garantie de ressources et non pas d'une garantie d'emploi. L'engagement de l'employeur de verser au salarié absent tout ou partie de sa rémunération ne lui interdit pas de procéder à un licenciement, sauf disposition conventionnelle contraire.

L'accord de mensualisation s'applique lorsque la convention collective ne prévoit rien ou contient des dispositions moins favorables aux salariés.

L'accord de mensualisation prévoit que l'employeur devra verser au salarié une partie de la rémunération qu'il aurait acquise s'il avait travaillé normalement.

Cette obligation ne pèse sur l'employeur que si les conditions suivantes sont réunies :

- ancienneté de trois ans au premier jour d'absence
- justification de l'absence dans les 48 heures,
- prise en charge par la sécurité sociale
- soins en France ou dans un autre pays de l'Union européenne.

L'indemnisation prévue par l'accord commence à courir à compter du 11<sup>ème</sup> jour en cas de maladie non professionnelles (alors qu'elle commence à courir le premier jour pour les accidents du travail).

L'employeur doit verser :

- pendant les 30 premiers jours, 90 % de la rémunération brute que le salarié aurait perçue s'il avait continué à travailler
- pendant les 30 jours suivant, l'employeur versera les 2/3 de cette rémunération.

Ces durées sont augmentées de 10 jours par période de 5 ans d'ancienneté. Toutefois, l'indemnisation ne pourra excéder 90 jours.

Il ne doit pas être perdu de vue que le mécanisme conventionnel mis en place en 1977

n'intervient qu'à titre d'indemnités complémentaires. Les garanties de rémunération offertes au salarié s'entendent déduction faite des allocations que l'intéressé perçoit de la sécurité sociale et des régimes complémentaires de prévoyance.

## **2 - l'obligation de se soumettre à une contre-visite médicale**

La suspension du contrat de travail débute donc à compter de la déclaration, par le médecin traitant de l'état de maladie du salarié et de la prescription de l'arrêt de travail. Le médecin traitant établit le certificat médical attestant par ce même document la durée de l'absence et les éventuelles autorisations de sortie. L'un des duplicatas de ce certificat médical doit donc être adressé à l'employeur puisque cela constitue la seule justification de sa maladie.

Toutefois, il existe une condition au versement des prestations complémentaires de maladie : c'est l'obligation du salarié de se soumettre à une contre visite médicale, qui est d'ailleurs mentionnée expressément à l'article 7 de l'accord nationale interprofessionnel du 10 déc. 1977 sur la mensualisation.

L'employeur est libre de faire pratiquer la contre visite par le médecin de son choix.

La contre-visite ne peut avoir lieu qu'en dehors des heures de visite autorisées par la sécurité sociale Si le certificat médical n'autorise aucune sortie, le contrôle peut intervenir à tout moment dans la journée.

Le refus du salarié de subir ce contrôle ou l'affirmation, par le médecin contrôleur, que le salarié peut travailler autorisent l'employeur à suspendre le versement de ces indemnités. Il ne saurait, en revanche sanctionner ou licencier le salarié pour ce motif, celui-ci restant couvert par son arrêt médical initial. En effet, l'absence du salarié lors de la contre-visite ne constitue pas un motif de licenciement (Cass.soc. 10 nov 1998, Duchaufour C/MTOP, droit social n° 3, mars 1999, p. 290).

Le refus de se soumettre à la contre-visite médicale ou l'absence du salarié au moment

de cette contre-visite autorise l'employeur à supprimer les indemnités complémentaires de maladie, mais seulement pour la période postérieure à la date de visite (Cass. soc. 13 fév. 1991, Grands magasins de la Samaritaine c/ Magnon et Cass.soc. 9 juin 1993, n 90-42.701).

Il en est ainsi lorsque le salarié s'est abstenu d'aviser son employeur de son lieu de repos pendant l'arrêt de travail, situé hors de sa résidence habituelle (Cass.soc 13 mai 1992, Bull.civ. V, n° 300,.Cass.soc. 5 mai 1999, n° 97-41-241 et).

En effet, l'autorisation de la Caisse primaire d'assurance maladie donnée au salarié de résider durant son repos à l'extérieur de son domicile habituel oblige le salarié à informer son employeur de cette situation et du lieu où la contre-visite peut s'effectuer. Si le salarié est autorisé par son médecin traitant à se "reposer à la campagne", il doit aviser son employeur de son lieu de repos pendant l'arrêt de travail. Sinon le médecin envoyé par l'employeur au domicile du salarié trouvera porte close ce qui équivaut à un refus du salarié de la contre-visite médicale (Cass. soc. 13 mai 1992, Sté Automobiles Citroën c/ Julien).

Lorsque l'information n'a pu s'opérer, la justification ultérieure du salarié de l'autorisation de la CPAM n'est pas suffisante pour revendiquer comme dus les droits à compléments (Cass.soc. 5 mai 1999)-.

Est assimilé à un refus de se soumettre à la contre-visite médicale autorisant la suppression des indemnités complémentaires le fait :

- d'inviter purement et simplement le médecin contrôleur à consulter son dossier médical chez son médecin traitant (Cass. soc. 2 juil. 1980, Sté Motorola Semi-Conducteur c/Porte) ;
- d'exiger la présence de son médecin traitant lors de la contre-visite alors qu'une telle exigence n'est pas prévue par les textes (Cass. soc. 8 juin 1983, Sté des Automobiles Peugeot c/ Vermet ; 22 juil. 1986, S.A. Las Ricouard c/ Champault) ;
- pour le salarié malade d'échanger avec le médecin contrôleur des propos dont la vivacité empêchent le déroulement normal de la contre-visite (Cass. soc. 23 juin 1982,



Sté des Automobiles Peugeot c/ Emann).

En revanche, l'employeur n'est pas fondé à supprimer les indemnités complémentaires de maladie lorsque :

- le médecin contrôleur n'a pu atteindre le salarié en raison de la configuration des lieux ou parce que l'interphone n'était pas encore en service (Cass. soc. 16 juin 1994, CPAM du Cher c/ Chum et Cass.soc. 7 avril 1999, n° 97-41.391) ;
- le jour de la contre visite, le salarié s'était absenté pour passer une visite médicale et le justifie par la production d'un certificat (Cass. soc. 3 mars 1988, Sté Valrex c/ Gras ; Cass. Soc. 5 déc. 1990, Sté l'Estelan c/ Lauria) ;
- le médecin contrôleur n'ayant pas justifié de sa qualité ni de celle de mandataire de l'employeur, le salarié refuse de se soumettre au contrôle (Cass. soc. 14 mars 1995, Sté Pamco Industries c/ Blondelle).

Le médecin contrôleur a pour mission de constater la présence du salarié à son domicile aux périodes de repos (si celles-ci sont prescrites), d'apprécier médicalement l'opportunité de l'arrêt de travail, eu égard à l'état de santé du salarié, et de sa durée.

En tout état de cause, l'avis du médecin contrôleur n'est aucunement une remise en cause de l'arrêté médical initial ; il n'a d'effet que pour l'avenir et ne peut qu'entraîner la suspension des indemnités complémentaires de maladie à venir. Si le médecin contrôleur estime que l'état du salarié permet la reprise du travail, le salarié doit effectivement reprendre le travail. A défaut, il perd le droit aux indemnités complémentaires (Soc 14 juin 1995, n° 91-43.484).

Jugé que le fait pour le salarié de ne pas reprendre le travail à une date déterminée par le médecin contrôleur, suivant en cela les prescriptions de son médecin traitant, ne présente pas un caractère fautif (Cass.soc. 10 oct. 1995, bull.civ.V, n° 264) ; en l'espèce, le salarié a obtenu l'annulation du blâme qui lui avait été infligé. La Cour de Cassation confirme, dans un arrêt du 13 juillet 2004 (Bull.V n° 2004) que « le fait pour un salarié de s'en tenir aux prescriptions du médecin qu'il a consulté n'a pas un caractère fautif ».

Si, postérieurement au contrôle, le salarié peut justifier d'une prolongation d'arrêt de travail ou d'un nouvel arrêt de travail prescrit par son médecin traitant, il recouvre le droit aux indemnités complémentaires de maladie à partir de la date du nouvel arrêt ou de la prolongations (Cass.soc. 28 janv. 1998, Bull.Civ V, n° 38, cass.soc. 25 fev. 1998, Bull.civ. V n° 103).

Enfin, signalons que le salarié peut contester les conclusions du médecin désigné par l'employeur en saisissant le juge des référés aux fins de désignation d'un médecin-expert. Si ce dernier confirme la nécessité de l'arrêt de travail, l'employeur est tenu de verser une somme représentant les indemnités complémentaires (Cass.soc. 28 fev. 1996, Bull.civ. n° 73) .

### **3 - l'obligation de ne pas avoir un comportement incompatible avec son état**

#### **Les certificats de complaisance**

Le salarié doit ensuite s'abstenir de tout comportement incompatible avec son état déclaré. Il serait fautif s'il profitait d'un certificat de complaisance pour travailler ou prendre des vacances ou pour travailler pour un autre employeur. Mais c'est à l'employeur qu'il appartiendra de prouver cet abus.

En effet, en principe, la production d'un certificat médical emporte présomption de la maladie. Toutefois des coïncidences troublantes ou des circonstances bien établies permettent à l'employeur de contester la validité du certificat médical et de licencier valablement le salarié absent.

Ont été considérés comme des certificats de complaisances les certificats médicaux établis dans les circonstances suivantes :

- une vendeuse produit un certificat d'arrêt de travail correspondant à une période de vacances refusées ; coïncidence troublante (Cass. soc. 29 nov. 1979)

- un salarié produit un certificat médical pour justifier une absence dont la durée correspond, comme par hasard, à celle de la prolongation de congé que l'employeur lui a refusé ( Cass. soc. 17 avril 1985 Ourahamoune c/ Sté Aciers et Outillages Peugeot) mais la jurisprudence est ancienne...

- une salariée, sous prétexte d'un certificat médical, prend un congé aux îles Baléares au mois de juin, période de forte activité de l'entreprise (Cass. soc.7 janv. 1981, Geho c/ Sté Saphymo Sprat).

- Jugé enfin, le 16 juin 1998 (Genovèse c/SARL Ley's) que le fait pour un salarié d'aller en Yougoslavie pendant un arrêt de travail pour maladie ne constitue pas un comportement déloyal justifiant un licenciement. (Liaisons sociales 29 juil. 1998, n° 7906, p. 3).

### **Les courtes absences**

Quelle que soit la durée de l'absence, même si celle-ci ne dure qu'une  demi journée, le salarié doit avertir son employeur.

Doit-il également, lorsque l'indisposition est de courte durée produire un certificat médical ? Théoriquement oui. Mais en pratique, beaucoup d'employeurs négligent d'exiger un certificat médical pour des courtes absences. Ce qui ne dispense pas le salarié de s'expliquer sur la cause de son absence.

A été ainsi considéré comme étant justifié le licenciement d'une salariée qui s'était absentée une matinée. Celle-ci avait prévenu son employeur à 9 h 30. De retour au travail l'après midi, elle a refusé de donner les motifs de son absence, prétextant qu'il s'agissait de sa vie privée. Un tel comportement constitue une juste cause de rupture (Cass. soc. 22 juil. 1986, Lacroix c/ Sté Pouillot et Roger) mais la jurisprudence est ancienne...

### **Absence non justifiée et démission**

En aucun cas, le retard apporté par un salarié à l'envoi du certificat médical ne peut être interprété comme une démission. A l'employeur de prendre l'initiative de la rupture

en mettant en oeuvre la procédure de licenciement (Cass. soc. 29 mai 1990, Gil c/ Centre d'Etude et de Formation Pédagogique, 27 fév. 1991, Fetter c/ Entreprise Corse télécommunications).

Ainsi, l'absence d'un salarié pour maladie sans justification du 10 juillet au 31 octobre ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner (Cass. soc. 6 déc. 1995, Ledieu c/ Sté Fromfroid).

### **Exercice d'activités pendant la maladie**

Par ailleurs, profiter de son arrêt maladie pour exercer une activité pour son propre compte constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement mais pas nécessairement une faute grave.

#### La faute grave n'a pas été retenue à l'encontre :

- du salarié qui avait servi des clients fréquentant le débit de boissons tenu par son épouse et encaissé le prix de leurs consommations alors qu'il était en congé maladie, indemnisé par la sécurité sociale et par l'employeur pour son complément de salaire : une aide occasionnelle dans le cadre de l'entraide domestique ne constitue pas une faute de nature à rendre impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis. Cause réelle et sérieuse mais pas faute grave (Cass. soc. 8 avril 1992, Delmaire c/ S.A. Acieries Aubert et Duval).

- de même ne commet pas une faute lourde le salarié qui, employé dans la grande distribution, ouvre et ferme l'épicerie tenue par sa femme lorsqu'elle est occupée avec les enfants, lui apportant ainsi une aide ponctuelle (Cass.soc. 23 juin 1999, n° 97-42.067).

La Cour suprême peut parfois estimer que le comportement n'est pas fautif.

- le fait pour un salarié, technicien motoriste, d'avoir effectué dans les locaux de l'entreprise une réparation sur son véhicule personnel, alors qu'il était en arrêt de travail n'est pas constitutif d'une faute grave dès lors que l'intéressé a agi pendant les heures

de sorties autorisées par les organismes sociaux et après avoir recueilli l'autorisation de son supérieur (Cass.soc. 14 mai 1998, Bull Civ. V n° 254).

En revanche, constitue un manquement à l'obligation de loyauté le fait pour un salarié, mécanicien au service d'une société de réparation automobile, d'avoir, durant un arrêt de travail pour maladie, entrepris la réparation d'un véhicule pour son compte en faisant appel à un autre mécanicien de la société (Cass.soc. 21 oct. 2003, n° 01/43.943).

La faute grave a même été retenue à l'encontre d'un salarié qui, absent 5 mois pour maladie, se livrait à des travaux de maçonnerie avec trois ouvriers qu'il avait sous ses ordres. Ce comportement déloyal rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et constituait une faute grave (Cass. soc. 21 juillet 1994, Ziani c/ Sté méridionale de travaux).

Il est à noter que la CPAM peut retenir tout ou partie des indemnités journalières dues au salarié qui se livre à une activité. Cas d'un salarié surpris, lors du contrôle de la sécurité sociale, à effectuer des travaux de peinture chez ses parents (Cass. soc. 6 nov. 1985, CPAM c/ Bejaud) ou des travaux de jardinage (Cass. soc. 19 oct. 1988) ou réparait sa voiture (Cass. soc. 5 nov. 1986).

On notera également qu'à l'inverse, lorsque le salarié est dispensé de son obligation de fournir sa prestation de travail pendant la suspension, il ne peut être tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur (Cass.soc. 15 juin 1999, Bull.civ. V n° 279, JSL, n° 40-6, p. 17). La Cour sanctionne l'employeur ayant licencié le salarié sur le terrain du manquement à l'obligation de bonne foi et de loyauté au motif que ce dernier avait refusé de lui communiquer pendant son arrêt maladie sans motif légitime, des informations utiles à la bonne marche de l'entreprise. Cette collaboration, distincte de l'exercice d'une prestation de travail, ne relève pas de l'obligation de loyauté et ne peut, de ce fait, être exigée par l'employeur (A. Mazeaud, Dr.soc. 1999, p. 843 ; A. Teissier, TPS, janv. 2000, p. 4).

Dans le même sens Cass.soc. 25 juin 2003 : l'employeur demandait la restitution de

documents comptables et la Cour d'appel lui avait donné raison. L'arrêt est cassé : la Cour d'appel n'a pas recherché si la restitution de très nombreux documents n'impliquait pour le salarié l'accomplissement d'une prestation de travail...).

A l'inverse, la suspension du contrat de travail pendant la maladie ne dispense pas le salarié « tenu d'une obligation de loyauté, de restituer à l'employeur qui en fait la demande, les éléments matériels qui sont détenus par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise ».

De même, le salarié en arrêt maladie est tenu de communiquer son mot de passe informatique (cass.soc. 18 mars 2003, n° 0141343).

## **§ 2 - Maladie et rupture du contrat de travail**

Si le salarié a dûment justifié son absence pour maladie, l'employeur ne peut, sous peine de nullité, licencier un salarié en fonction seulement de son "état de santé" (art. L. 122.45) notion plus large que la maladie (ex séropositivité). Il ne peut y procéder que si les répercussions de l'absence sur le fonctionnement de l'entreprise le lui imposent. Il en ira principalement ainsi dans deux cas :

- l'absence prolongée,
- absences répétées
- l'inaptitude physique devenue définitive (art. L. 122-24-4).

### **A - Absence prolongée**

Le contrat de travail se trouve simplement suspendu du fait de la maladie prolongée ou pas.

Dans les années 1960, la prolongation de la maladie constituait un cas de force majeure justifiant la rupture du contrat sans indemnités. La jurisprudence procéda

ensuite à la distinction de l'initiative (obligation de suivre la procédure) et de l'imputabilité (obligation de verser des indemnités). L'employeur devait prendre l'initiative de la rupture mais elle était imputable au salarié.

Aujourd'hui, il s'agit d'un licenciement, ce qui implique :

- la convocation du salarié à un entretien préalable. Peu importe qu'il se présente ou non.
- il faut proposer au salarié d'effectuer son préavis. En maladie prolongée, le salarié ne pourra pas, la plupart du temps l'accomplir et l'employeur sera dispensé de lui verser l'indemnité compensatrice.

La Cour de Cassation précise que si l'article L. 122-45 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement (Cass.soc. 14 mai 1998, n° 96.41867).

Ainsi, l'employeur peut se séparer du salarié dont la maladie (se prolongeant au delà de 6 mois en moyenne), rend nécessaire son remplacement compte tenu de la perturbation apportée la bonne marche de l'entreprise.

Mais il faut se trouver dans l'obligation de remplacer ce salarié à titre définitif dans son emploi (Cass. soc. 14 juin 1990, SARL Entreprise Cuynat c/ Pietro et Cass.soc. 13 mars 2001, n° 99.40.110 et cass.soc. 27 mars 2001, n° 98-44.292). L'employeur qui peut pallier l'absence du salarié en recrutant un personnel temporaire ne peut être considéré comme dans l'obligation de remplacer le salarié à titre définitif.

Encore faut-il que l'employeur vise une telle nécessité dans sa lettre de licenciement (cass.soc. 5 juin 2001, n° 99-41.603 et Cass.soc. 17 juil. 2001, n° 98-42.310).

En outre, l'employeur ne peut pas se prévaloir de la perturbation causé par l'absence due à la maladie si cette dernière trouve sa cause dans le harcèlement moral (cass. soc. 11 oct. 2006 n° 04-48314).

### Garantie d'emploi

Certaines dispositions conventionnelles interdisent le licenciement du salarié malade pendant une certaine durée ou ne l'autorisent qu'au bout d'une certaine période. Il s'agit d'une véritable garantie d'emploi. Pas question donc de licencier pendant la période de garantie d'emploi.

L'absence qui se prolonge au delà de cette période ne constitue pas, en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement (cass. soc. 10 oct. 1995, croix rouge française c/ Clerval). A l'employeur de montrer la nécessité de remplacer le salarié absent en raison de la perturbation ou de la désorganisation de l'entreprise. Si tel est le cas, le licenciement est justifié.

### Faut-il verser les indemnités de licenciement ?

S'il y a une convention collective, l'employeur qui rompt le contrat de travail d'un salarié en maladie prolongée doit lui verser l'indemnité conventionnelle de licenciement (Cass. soc. 30 janv. 1991, Coste c/ Turzanski-Dupuis ; 9 janv. 1992, ADAPEI c/ Terras).

A moins que la convention collective n'exclut expressément le paiement de l'indemnité de licenciement en cas de rupture pour maladie prolongée ; une telle clause est assez rare.

S'il n'y a pas de convention collective, seule l'indemnité légale de licenciement est due (Cass. soc. 4 janv. 1990, SARL Bury c/ Peerboom).

### Indemnité de préavis

Certaines conventions collectives prévoient que le salarié licencié pour maladie prolongée reçoit le montant de l'indemnité de préavis. Une telle disposition n'exige pas que le salarié malade soit en mesure d'effectuer le préavis pour prétendre à l'indemnité



correspondante (Cass. soc. 22 sept. 1993, Mustel c/ Etab. Dhumeaux).

Mais jugé le 20 septembre 2006 (n° 5-41385) que l'employeur est tenu de payer l'indemnité de préavis s'il est lui-même à l'origine de la maladie. En l'espèce, l'employeur avait commis des faits de harcèlement moral ayant contribué à l'apparition d'une affection ayant justifié les arrêts maladie. La Cour a jugé que l'inexécution du préavis était imputable à l'employeur.

Des juridictions ont tenté de s'opposer aux licenciements en se fondant sur l'interdiction des discriminations en raison de l'état de santé notamment, de l'art. L. 122-45 .

## **B - absences répétées**

Les absences répétées pour maladie constituent-elles une cause réelle et sérieuse de licenciement ?

Avant de répondre, il est nécessaire de consulter la convention collective. Certes, celle-ci est souvent muette sur les conséquences des absences répétées pour maladie. Mais elle contient peut-être des dispositions relatives à la maladie prolongée : certaines dispositions conventionnelles interdisent le licenciement du salarié malade pendant une certaine durée d'absence ou ne l'autorisent qu'au bout d'une certaine période, si l'employeur se trouve dans la nécessité de remplacer le salarié.

Or, la Cour de cassation applique aux absences répétées pour maladie les dispositions conventionnelles prévues en cas de maladie prolongée. En présence d'une telle clause, impossible pour l'employeur d'invoquer la gêne, la perturbation, la désorganisation de l'entreprise causée par les absences répétées pour maladie pour licencier le salarié pendant la garantie d'emploi (Cass. soc. 16 janv. 1992, Bouchanoum c/ Comolive ; 3 fev. 1994, Pascucci c/ Comité central des pêches maritimes).

Pour apprécier si l'absence du salarié pour maladie dépasse la durée tolérée par la

convention collective, impossible de totaliser les durées de plusieurs absences.

Si, au moment de son licenciement, la durée de l'indisponibilité du salarié n'excède pas la durée de garantie d'emploi conventionnellement prévue, le licenciement du salarié sera sans cause réelle et sérieuse.

Peu importe la fréquence, la durée et l'importance des absences antérieures.

ex : selon la convention collective applicable dans cette entreprise, en cas d'absence prolongée, le licenciement du salarié ne peut avoir lieu qu'après l'expiration d'un délai de 4 mois.

Or, ce salarié est licencié pour avoir été absent à de multiples reprises : 153 jours entre le 14 novembre et le 8 août. Bien que la durée totale des absences ait largement dépassé 4 mois (122 jours tolérés par la convention collective) le licenciement de ce salarié était sans cause réelle et sérieuse : il eut fallu une absence continue de 4 mois pour que le licenciement soit légitime (Cass. soc. 7 oct. 1992, Marchais c/ Sté Montvilliers Intermarché).

En l'absence de dispositions conventionnelles (ou de clause de garantie d'emploi) les absences répétées d'un salarié constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsqu'elles désorganisent l'entreprise et nécessitent le remplacement du salarié trop souvent absent. Deux conditions qui s'apprécient en fonction de la fréquence et de l'importance des absences, de la taille de l'entreprise et des fonctions exercées.

En ce qui concerne la fréquence et l'importance des absences :

- est justifié le licenciement d'une salariée qui s'est absenté pendant plus de 3 ans sur 7 ans de travail (Cass. soc. 31 oct. 1989, Garnier c/ SA IBM France)

- ou d'une salarié qui sur deux ans s'est absentée 15 fois pour convenance personnelle et 3 mois consécutifs pour maladie. (Cass. soc. 3 oct. 1989, Carre c/ Sté S.G. Electronique).

\* La taille de l'entreprise.

Plus l'entreprise est petite, plus il lui est difficile de pallier l'absence d'un salarié. La

gêne née des absences répétées du salarié se manifeste plus vite et de façon plus sensible dans les petites unités : les possibilités de répartir temporairement la charge de travail entre les autres salariés sont réduites.

ex une salariée absente depuis plus de 6 mois, employée dans une entreprise artisanale n'occupant que 3 salariés (Cass. com. 22 juin 1983, Herin c/ Brouette).

\* La nature des fonctions, le poste occupé sont également des éléments à prendre en considération pour apprécier la nécessité du remplacement : il sera plus difficile pour un employeur de parer aux absences multiples du comptable qu'aux absences répétées d'un manutentionnaire.

Si la participation du salarié à l'activité de l'entreprise n'est pas jugée "essentielle", s'il s'agit d'un salarié qui occupe des fonctions subalternes ou dont on pourrait facilement se passer, des absences répétées ne justifient pas un licenciement.

Ainsi n'est pas justifié le licenciement d'un salarié dont le travail est dénué de responsabilité (Cass. soc. 9 mai 1990, Sté Carnaud Industrie c/ Picquet).

En revanche est justifié le licenciement :

- d'une aide médicale dont les absences fréquentes désorganisaient la vie du cabinet médical (Cass. soc. 24 oct. 1990, Peria c/ Sté SCM Lintzer Bichara).

La rupture pour absences répétées est toujours imputable à l'employeur. L'employeur qui prend l'initiative de la rupture doit respecter la procédure de licenciement et est redevable des indemnités de licenciement.

Il est à noter que la perspective de nouvelles absences ne justifie pas le licenciement. Il est impossible à l'employeur d'avancer, à l'appui d'une décision de licenciement, qu'il est légitime de craindre, compte tenu de l'état de santé de la salariée, que celle-ci ne subisse de nouveaux arrêts de travail (Cass. soc. 5 avril 1990, Sté Delannoy-Dewailly c/ Nelen).

## **C – L'inaptitude à reprendre son emploi**

## **La protection des salariés en cas d'inaptitude**

La maladie du salarié peut déboucher sur une inaptitude à reprendre ses fonctions dans l'entreprise. L'inaptitude physique comme état permanent se distingue de l'indisponibilité provisoire que constitue la maladie.

Jusqu'en 1992, le salarié, victime d'une maladie non professionnelle ne bénéficiait d'aucun droit légal à être reclassé.

Mais, sur ce point, la jurisprudence avait précédé le législateur en estimant, sur le fondement de l'article L. 241-10-1 du Code du travail que l'employeur était tenu d'une véritable obligation de reclassement.

Cet article permet au médecin du travail de proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de poste, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs.

Le chef d'entreprise est tenu de prendre en considération ces propositions, et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite.

Aujourd'hui, le dispositif est fort proche de celui dont bénéficient les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles.

Aux termes de l'art. **L. 122-24-4 al. 1**, introduit par la loi de 1992,

*“à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail,*

*- consécutives à une maladie ou un accident,*

*\* si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment,*

*\* l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités,*

*- compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail*

*- et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des*

*tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformation de poste de travail."*

Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un mois à compter de la date de l'examen médical de reprise ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de lui verser le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant sa maladie.

La portée de ce texte est singulièrement élargie par le dernier alinéa de l'art. L. 122-24-4 affirmant que ce dispositif s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise, constatée par le médecin du travail.

## **Section 2 : Maladie professionnelle et accident du travail.**

Contrairement à la maladie de droit commun, maladies professionnelles et accidents du travail (mais non de trajet) sont imputables à l'entreprise. Il est donc surprenant qu'il ait fallu attendre la loi du 7 janvier 1981 pour que soit institué un régime spécial de protection de l'emploi des accidentés du travail.

L'article L. 411-1 du Code de la Sécurité sociale institue une présomption d'accident du travail pour tout accident survenant à un salarié par le fait ou à l'occasion du travail. Mais il ne définit pas l'accident du travail.

La Cour de cassation a défini l'accident du travail comme étant tout fait précis survenu soudainement au cours ou à l'occasion du travail et qui est à l'origine d'une lésion corporelle (soc 24.4.1969).

La Cour de Cassation a ainsi intégré dans cette catégorie la dépression nerveuse<sup>56</sup> et

---

<sup>56</sup> Cass.soc.1<sup>er</sup> juil. 2003, pourvoi n° 02.30.576, arrêt n° 1018 p. M.Hautefort, Une dépression nerveuse admise comme accident du travail, Jp soc. Lamy, 2003, n° 130 – 19-09-2003.

mêmes les suicides<sup>57</sup>.

Aux termes de l'art. L. 122-32-1 :

- tout travailleur, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, bénéficie de la suspension de son contrat :
    - o pendant toute la durée de l'arrêt de travail ainsi provoqué,
    - o ainsi que, le cas échéant, pendant le délai d'attente et la durée du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que doit suivre l'intéressé, conformément à l'avis de la C.O.T.O.R.E.P. (Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel).
- § Le délai d'attente court du jour de l'expiration de l'arrêt de travail jusqu'au début du stage.

La durée de la suspension peut donc être longue en cas d'accident ou de maladie grave. Aucune limite autre que la consolidation de l'état de santé et la durée des stages postérieurs n'est fixée par la loi : le contrat pourra être suspendu pendant 15 mois, 18 mois ou plus.

L'accident du travail ou la maladie professionnelle entraîne un **renforcement des garanties liées à la suspension** .

### **§ 1 - Un renforcement des garanties liées à la suspension**

Au cours de la période de suspension, qui débute au moment où a lieu l'accident ou bien au moment où est constatée la maladie, l'employeur ne peut mettre fin au contrat,

- sauf s'il justifie de la faute grave du salarié
- ou de l'impossibilité, pour un motif indépendant de l'accident du travail, de maintenir le contrat (art. 122-32-2 C.t.) .

Le licenciement intervenu en violation de ces dispositions est nul.

---

<sup>57</sup> Cass.soc. 24 janvier 2002, pourvoi n° 00-14379, sté Diamantine.

Parmi les motifs de rupture permettant de déroger à la règle du maintien de l'emploi, une cause économique peut constituer une impossibilité de maintenir le contrat de travail mais pas nécessairement (Cass. soc. 3 fév. 1993, Hammani c/ Sté générale industrielle).

En particulier, la suppression d'emplois consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques et la nécessité pour l'employeur de respecter les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements peuvent constituer l'impossibilité de maintenir le contrat de travail. Le licenciement est licite dans la mesure où le choix du salarié parmi les personnes licenciées n'a pas été motivé par une réduction de ses capacités physiques consécutives à l'accident du travail (Cass. soc. 25 mai 1993, Sté Categ c/ Micheléoti).

Il est également licite dans le cas où il y a cessation d'activité, en cas de fermeture de magasin (Cass.soc. 15 mars 2005 ? Louis Demanet c/Sté Royal Télé Ménager, ).

L'interdiction de licenciement s'applique même lorsque l'accident du travail survient au cours de la période d'essai (Cass. soc; 5 juin 1990, Subra c/ St jeannet Lassere).

Le fait que la procédure de licenciement ait été engagée avant l'arrêt de travail n'autorise pas l'employeur à notifier la rupture (Cass. soc. 10 mai 1995, Bouabid c/ Sté Talbot).

Il reste qu'en l'absence de faute grave du salarié ou si l'employeur est dans l'incapacité de faire valoir un motif non lié à l'accident, la résiliation du contrat pendant la période de suspension est nulle (art. L 122-32-2 C. trav.)

Comment interpréter cette nullité. Le salarié licencié peut-il prétendre seulement à des dommages intérêts ou bien peut-il être réintégré.

La Cour de Cassation a d'abord décidé que la nullité du licenciement n'autorisait pas le

salarié à exiger sa réintégration dans l'entreprise. Il pouvait seulement prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de son licenciement frappé de nullité. Aux juges d'en apprécier souverainement le montant (Cass. soc. 30 mars 1994, Bouhled c/ Sté d'exploitation des cliniques Prévallon).

Dans un arrêt du 11 juillet 2001, (Cass.soc. 11 juil. 2001, n° 3528, Chambon c/ Gustav Roussy), la Cour de cassation décide que lorsque le licenciement est nul, le salarié est en droit de demander la poursuite du contrat de travail illégalement rompu (rappel de cette règle dans Cass.soc. 26 mai 2004, n° à é-41.325).

Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il a droit :

- d'une part aux indemnités de rupture et,
- d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue à l'article L.122-14-4 du travail, c'est-à-dire au moins égale à six mois de salaire (Cass.soc. 27 juin 2000, n° 98-43.439), bull n° 250,).

De même le salarié a droit à l'indemnité de préavis (Cass.soc. 2 juin 2004, n° 1230, Vincon c/transports Vandome express).

## **§ 2 - Obligation de reclassement**

C'est la prescription médicale du médecin traitant ordonnant un arrêt de travail qui provoque le début de la suspension du contrat de travail.

La fin de la suspension, elle, se matérialise par la visite de reprise du travail auprès du médecin du travail, en application de l'art. R. 241-51 al. 1 à 3 du Code du travail (Cass.soc. 20 mars 1989, Bull.civ. V n° 235).

En l'absence de visite de reprise le contrat se trouve toujours suspendu. Il en résulte que le licenciement qui aurait pour seul motif l'état de santé du salarié dont l'inaptitude, par hypothèse, n'a pas été déclarée par le médecin du travail est nul (Cass.soc. 13 jan. 1998, bull.civ. V n°9 ; RJS 2/98 n° 163).



## 1 – La visite médicale de reprise

C'est le médecin du travail qui est compétent pour apprécier l'aptitude ou l'inaptitude de l'intéressé à reprendre son travail ou les adaptations que nécessite son état.

En effet, en vertu de l'art. R. 241-51 C. trav., après une absence d'au moins 8 jours après un accident du travail ou de 21 jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel et après un congé maternité, le salarié doit se soumettre à un contrôle médical exercé par le médecin du travail

Cet examen a pour objet :

- d'apprécier l'aptitude de l'intéressé à reprendre son ancien emploi
- ou la nécessité d'une adaptation des conditions de travail.

Cet examen doit avoir lieu lors de la reprise du travail et au plus tard dans les 8 jours de cette reprise.

.

La jurisprudence considère que seule la visite de reprise –et plus précisément le premier examen lorsque deux examens sont nécessaires (Cass.soc. 16 fev. 1999, Bull.Civ V n° 76) met fin à la période de suspension du contrat de travail avec toutes les incidences que cela entraîne quant aux obligations à la charge de l'employeur si le salarié est déclaré inapte (reclassement ou licenciement).

L'article R 241-51 al 4 permet un examen médical "préalablement à la reprise du travail, à l'initiative du salarié, du médecin traitant ou du médecin conseil". **C'est l'examen de préreprise.** Cet examen, par le médecin du travail peut être demandé "*lorsqu'une modification de l'aptitude au travail est prévisible, en vue de faciliter la recherche des mesures nécessaires*".

La cour de cassation distingue cet examen de préreprise de l'examen de reprise « *Si l'alinéa 4 (préreprise) de ce texte prévoit la consultation du médecin du travail*

*préalablement à la reprise du travail dans le but de faciliter la recherche des mesures nécessaires lorsqu'une modification de l'aptitude de l'intéressé est prévisible, cette visite ne constitue pas la visite de reprise qui seule met fin à la période de suspension du contrat de travail et ne le dispense pas de l'examen imposé par ce texte lors de la reprise effective de son activité ».* (Cass.soc. 12 nov. 1997, Bull.Civ V n°366).

L'avis du médecin du travail s'impose à l'employeur et au salarié mais il peut fait l'objet, de la part de l'un ou de l'autre, d'un recours administratif devant l'inspecteur du travail. (Cass.soc. 19 mai 2004, n° 02-43027, Cass.soc. 28 janv. 2004, n° 01-46.913 ; Cass.soc. 8 avril 2004, n° 045693).

L'article R. 241-51 al 1 ne dit pas qui doit organiser cette visite de reprise, mais la jurisprudence considère qu'il revient à l'employeur de l'organiser. « L'initiative de la saisine du médecin du travail appartient normalement à l'employeur dès que le salarié qui remplit les conditions pour en bénéficier en fait la demande (Cass.soc 12 oct. 1999, bull.civ. V n° 376).

Jugé également que le salarié doit se soumettre à l'examen de reprise à la demande de son employeur ; à défaut, l'employeur est en droit de lui refuser de reprendre ses fonctions dans l'entreprise (Cass.soc. 26 mai 1983, UIMM, 1983 ? p. 346).

Cela étant, un arrêt de la Cour de cassation a admis que le salarié pouvait aussi solliciter cette reprise (Cass.soc. 10 mars 1998, Bull.civ.V n° 123) .

### **Les différentes issues de la visite de reprises**

En tout état de cause, la visite de reprise marque la fin de la suspension du contrat de travail. A cette occasion le médecin doit se prononcer sur l'aptitude du salarié à reprendre son emploi ;

#### **1 - salarié apte à reprendre son emploi**

## **Avis d'aptitude.**

Si le médecin du travail conclut à l'aptitude au poste, un seul examen médical suffit, contrairement à l'avis d'inaptitude qui déclenche l'obligation d'organiser un second examen médical.

Dans ce cas, le salarié doit retrouver son poste ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente. Cette règle est posée par l'art. L. 122-32-4 en matière de maladie professionnelle ou accident du travail et s'applique également en cas de maladie non professionnelle (Cass.soc. 25 fev. 1997, nb ° 94.41.351).

La Cour de cassation a précisé que, dans le cas où l'emploi n'existe plus ou n'est plus vacant, la réintégration peut avoir lieu dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial (Cass.soc. 22 oct. 1997, n° 94.44.706).

Le juge , en cas de contentieux, va vérifier que l'employeur n'a pas proposé un poste non-conforme aux exigences légales. Si tel était le cas, l'attitude d' l'employeur serait assimilée à un refus de réintégrer le salarié dans son emploi. Tel est le cas si « *au jour de la reprise du travail par le salarié, l'employeur lui propose un changement de poste de travail avec une rémunération moindre, en alléguant de la difficulté pour lui de maintenir son emploi tout en conservant à son service le salarié engagé pour le remplacer* » (Cass.soc. 25 fev. 1997, Bull civ. V, n° 81).

En outre, la jurisprudence a considéré que l'employeur est tenu au paiement des salaires pour la période pendant laquelle il a refusé de fournir un travail au salarié dans la mesure où « *il a retiré le salarié du poste qu'il occupait depuis la reprise de son travail alors que le médecin du travail l'y avait déclaré apte et que ce poste était toujours vacant en l'absence de son titulaire* » (cass.soc. 16 déc. 1998).

Il doit s'agir d'une réintégration effective et non d'un simulacre. Cela signifie que l'employeur ne peut pas licencier le salarié au bout de quelques jours (cass. Soc. 7

mars 1984, SA Bord c/ Corpiner).

Le licenciement d'un salarié apte à reprendre son emploi après un accident du travail est illicite. Le tribunal saisi **peut** proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien de ses avantages acquis (art. L. 122-32-7 du C. trav.). Mais il ne s'agit là que d'une possibilité offerte aux juges, ceux-ci n'étant pas tenus de proposer la réintégration. (cass. soc. 5 juil. 1989, S.A. Jean Lefebvre c/ Leclerc).

Si l'employeur ou le salarié refuse la réintégration, le tribunal octroie au **salarié** une indemnité au moins égale à **douze mois de salaire** (art. L 122-32-7 C. trav.)

Le salarié a droit également :

- à **l'indemnité compensatrice de préavis** ;
- à **l'indemnité spéciale de licenciement**, égale, sauf dispositions conventionnelles contraires au **double de l'indemnité légale** (cass.soc 22 oct 1997, sté Star c/Mehraik).

#### **- avis d'aptitude avec réserves**

Le médecin du travail peut également, lors de la visite de reprise, assortir de réserves un avis d'aptitude au poste de travail, ce qui oblige à procéder à une seconde visite en application de l'art. R. 241-51-1 du Code du travail.

Que doit faire l'employeur face à cet avis qui ne se présente ni comme un avis d'aptitude totale ni comme un avis d'inaptitude ?

Si les réserves sont minimales et appellent peu ou pas d'aménagement du poste de travail, le régime de l'aptitude trouve à s'appliquer. Par contre, les réserves peuvent être telles que l'on basculera dans le régime de l'inaptitude.

Quoiqu'il en soit, en application des dispositions de l'article R. 241-51-1 du C.t., il appartient à l'employeur, en cas de difficulté sur la portée d'un avis d'aptitude avec réserve, de saisir à nouveau le médecin du travail afin que celui-ci se prononce de façon plus appropriée sur l'aptitude du salarié dans le cadre du second examen médical (Cass. Soc. 15 juil. 1998, Bull.civ. V n° 390).

A défaut, le licenciement prononcé pour impossibilité de reclassement au seul visa d'un avis d'aptitude avec réserves et donc au mépris du double examen médical est jugé sans cause réelle et sérieuse.

## **2- salarié inapte à reprendre son ancien emploi**

Le médecin du travail peut rendre un avis d'inaptitude à l'emploi occupé antérieurement. L'article R. 241-51-1 du C.t. subordonne l'avis d'inaptitude à 2 examens médicaux espacés de 2 semaines et précédés d'une étude de poste (soc. 10 nov. 1998, Rouich c/sté Ficudual expertise).

Si l'accident du travail a entraîné l'inaptitude du salarié à tenir son emploi, l'employeur doit le reclasser sur un autre emploi, approprié à ses capacités, aussi proche que possible du précédent, y compris, si besoin est, par mutation, transformation de poste ou aménagement du temps de travail.(art. L. 122-32-5 C. trav.)

Les possibilité de reclassement du salarié doivent être recherchées à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur, parmi les entreprises dont les activités et l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Cass. soc. 24 oct. 1995, Sté Décolletage plastique c/ Jadault et Cass. soc. 16 juin 1998, bull. civ. V,n ° 422 te Cass. soc. 19 mai 1998, Bull. civ. V , n° 264) .).

L'employeur doit proposer au salarié un nouveau poste après avoir :

- recueilli les conclusions écrites du médecin du travail et tenu compte des indications que celui-ci formule sur l'aptitude du salarié à exercer des tâches existantes dans l'entreprise.

Si le médecin du travail s'est contenté d'émettre un avis d'inaptitude, sans présenter de conclusions écrites, l'employeur doit les solliciter (Cass. soc. 19 avril 1989, SA Et.

Portheault c/ Le Pape).

- demandé l'avis des délégués du personnel (art. L 122-32 5 al 1). Leur avis doit être recueilli après le second examen médical (cass.soc. 15 oct. 2002, SA Maisadour c/Chirardelli).

Si l'employeur ne reclasse pas le salarié alors qu'il en a les moyens, cela ouvre droit, au profit du salarié, à **une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaire.** (Cass. soc. 13 déc. 1995, Servary c/ sté Bricailterie investissement et cie).(art. L. 122-32-7).

Cette indemnité se cumule avec les deux autres indemnité : indemnité de préavis et indemnité spéciale de licenciement (1/5ème de mois par année d'ancienneté).

### **3 - refus du poste par le salarié inapte**

Que se passe t-il si le salarié, déclaré inapte à tenir son ancien emploi, refuse le poste qui lui a été proposé ?

Le refus d'une modification du contrat de travail ne peut en aucun cas être fautif (Cass.soc. 15 juillet 1998).

Si le salarié refuse l'emploi proposé, l'employeur doit prononcer son licenciement en respectant la procédure de l'entretien préalable et en lui versant :

- **une indemnité** d'un montant égal à l'indemnité **compensatrice de préavis**,
- **une indemnité spéciale de licenciement** égale au double de l'indemnité légale, soit 1/5ème de mois par année d'ancienneté.

(c'est la même chose que lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de lui proposer un autre emploi).

La règle du doublement de l'indemnité de licenciement ne vise que l'indemnité légale de

licenciement et non l'indemnité conventionnelle ; à moins que la convention collective n'en dispose autrement. (cass. soc. 22 janv. 1992, SARL France fondations c/ lebault). Toutefois, si le double de l'indemnité légale est inférieure à l'indemnité conventionnelle à laquelle ne s'applique par la règle du doublement, c'est celle-ci qui doit être versée.

Aucune condition d'ancienneté n'est exigée pour obtenir l'indemnité spéciale de licenciement. Peut donc y prétendre tout salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise (cass. soc. 10 nov. 1988, Gaudet c/ SARL L'hostellerie du Valois).

Ces indemnités ne sont pas dues en revanche, si l'employeur établit que le refus du salarié est abusif. Mais le salarié peut néanmoins bénéficier de l'indemnité de licenciement de droit commun, légale ou conventionnelle. (1/10ème de mois par année d'ancienneté + 1/15ème de mois par année d'ancienneté au delà de 10 ans).

Le refus du salarié est abusif lorsque :

- à plusieurs reprises le salarié repousse les propositions de l'employeur ou omet d'y répondre malgré les demandes réitérées de celui-ci (Cass. soc. Cassan c/ Damage).

- le salarié refuse, comme incompatible avec son état de santé, un poste spécialement aménagé en fonction du handicap invoqué, avec maintien intégral de la rémunération qu'il percevait dans son ancien emploi (Cass. soc. 7 déc. 1994, Granveau c/ Sté Menuiserie Sainvillaise).

Mais le refus par le salarié du poste proposé n'est pas abusif :

- si l'emploi proposé ne correspond pas aux prescriptions du médecin du travail (cass. soc. 10 nov. 1988)

- lorsque à l'appui de sa décision, le salarié handicapé à la suite d'un accident du travail invoque la contrainte résultant de la difficulté de déplacement entre la région où il habite et celle où se trouve le poste de reclassement qui lui a été proposé (Cass. soc. 22 janv. 1992, sté France fondations c/ Lebault).

- lorsque l'emploi proposé s'accompagne d'une diminution de salaire (Cass. soc. 25 avr. 1990, Bouvet c/ Hervé)

- lorsque l'emploi proposé s'accompagne d'un déclassement et d'une diminution de salaire. Peu importe que, dans un premier temps le salarié ait accepté le poste (cass. soc. 7 juil. 1993, Di Cuffa c/ Sté Dalla Costa).

A noter également que la Cour de Cassation s'est prononcée pour la 1<sup>ère</sup> fois sur les conséquences du refus par le salarié d'un poste de reclassement par un salarié déclaré inapte à la suite d'une maladie d'origine non professionnelle (Cass.soc. 18 avril 2000, n° 98-40.314).

#### **4 - Impossibilité de reclassement**

L'employeur doit faire connaître au salarié, par écrit, les motifs qui s'opposent à son reclassement (art. L. 122-32-5 du C. trav.). Cette formalité doit être accomplie avant que ne soit engagée la procédure de licenciement (Cass. soc. 27 nov. 1990, Penrad c/ Sté Et. Majcen). Le non respect de la notification est sanctionné par l'attribution d'une indemnité en réparation du préjudice subi (Cass. soc. 9 mai 1990, Gordien c/ sté Climalec ; Cass.soc. 18 nov. 2003, n° 2419 FS P Daniel c/Sté JP Bonnepart)

L'employeur qui apporte la preuve de l'impossibilité de reclasser le salarié peut prononcer sans abus son licenciement, en respectant la procédure, c'est à dire : convocation à un entretien préalable, entretien préalable, notification de licenciement (art. L 132-32-5 al. 4 et 5).

Il devra verser les indemnités suivantes :

- **indemnité compensatrice de préavis** ;
- **indemnité spéciale de licenciement** égale au double de l'indemnité légale.

Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue du délai d'un mois à compter



de la date de l'examen médical de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de lui verser, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi qu'il occupait avant la suspension de son contrat de travail. (Cass.soc. 18 nov 2003, Sté Daniel c/JP Bonnepart).

Cette disposition s'applique également en cas d'inaptitude à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail (art. L. 122-32-5).

Mai attention, l'employeur doit licencier le salarié dans le délai d'un mois à compter de la date du second examen médical de l'intéressé (soc 10 nov 1998 Rouich c/ Sté Fiducial expertise).

Le licenciement qui interviendrait à l'issue du premier examen de reprise serait nul en application de l'article L 122-45 du C. t. ( Cass.soc 16 fév. 1999 Sté Thivat ).

Quand considère t-on qu'un employeur se trouve dans l'impossibilité de procurer un autre emploi à un salarié devenu inapte à la suite d'un accident du travail ?

Pour pouvoir licencier un salarié devenu inapte, il faut effectivement justifier de l'impossibilité de proposer un autre emploi. Mais comment apporter cette preuve ? Tout est affaire de circonstances.

- se borner à invoquer la petite taille de l'établissement pour rejeter la demande d'un salarié d'aménagement de son poste de travail ne prouve pas que l'on est dans l'impossibilité de lui proposer un emploi correspondant aux prescriptions du médecin du travail. (Cass. soc. 16 oct. 1991, Martinez c/ Xerri).

- la nécessité, compte tenu de la taille de l'entreprise, de pourvoir immédiatement au remplacement d'un salarié inapte à reprendre ses fonctions de signifie pas que l'employeur se trouve dans l'impossibilité de procéder au reclassement de l'intéressé dans un autre poste (cass. soc. 14 nov. 1989, Kohler c/ SARL Anschling frères).

En revanche, se trouve bien dans l'impossibilité de fournir un autre emploi l'employeur qui licencie son ouvrier boulanger déclaré inapte à tout poste l'exposant à la faire en

raison de la maladie professionnelle dont il était atteint : il n'existait pas dans l'entreprise de poste non exposé à la farine (cass. soc. 20 juin 1990, Vincent c/ Rey).

Il est à noter que les dispositions protectrices dont bénéficient les salariés victimes d'un accident du travail ne sont pas applicables en principe aux rapports entre un employeur et son salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu ou contracté au service d'un autre employeur (art L. 122.32-10). Mais la jurisprudence semble évoluer sur ce point et applique la législation protectrice des accidents du travail si les lésions constatées au cours de la rechute étaient imputables aux nouvelles conditions de travail (soc 16 fév 1999 Sté Sofitel c/ Nicolai).

Les avis du médecin conseil de la sécurité sociale et du médecin du travail ont des finalités différentes.

D'une part "l'avis du médecin conseil de la CPAM, qui classe un salarié en invalidité deuxième catégorie (inaptitude totale) ne s'impose pas au médecin du travail". D'autre part, le médecin du travail est tenu, conformément à l'article L. 122-24-4 de vérifier si un reclassement est possible au sein de l'entreprise. Le médecin du travail est au centre du constat de l'inaptitude et du processus de reclassement. En conséquence, la décision de classement en invalidité d'un assuré par la sécurité sociale n'a pas d'incidence directe sur la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur". Les deux médecins ont des fonctions clairement distinctes. Il est donc indispensable de bien distinguer les notions d'invalidité constatée par le médecin conseil et l'inaptitude appréciée par le médecin du travail.

La déclaration d'inaptitude par le médecin du travail est un préalable nécessaire au licenciement. Un employeur qui souhaite licencier un salarié ne peut éluder l'avis du médecin du travail. A défaut, conformément à l'article L. 122-45, le licenciement est illégal.

### Section 3 - La maternité

Le souci de protection de la maternité, inscrit dans notre droit depuis 1909 et confirmé par une directive communautaire de 1992, sous tend les dispositions mises en oeuvre pour accorder une protection particulière aux femmes.

La femme enceinte peut bénéficier :

- d'aménagements nécessaires pour son état (pauses, aménagement temporaire de son emploi)

- et surtout d'un congé maternité. Celui-ci est de 16 semaines (6 avant et 10 après l'accouchement). Ces durées sont majorées en cas de naissance multiple (34 semaines pour des jumeaux, 46 pour des triplés) ou en cas de grossesse pathologique.

En cas d'adoption, la salariée dispose de congés similaires, d'une durée équivalente à celle du congé de maternité postnatal.

La protection contre le licenciement

Il est interdit de licencier une salariée pendant sa grossesse, pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auquel elle a droit (le congé maternité) et pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes (art. L. 122-25-2 du C. trav.).

Il s'agit d'une impossibilité relative puisque le licenciement d'une salariée enceinte pourrait intervenir :

**\* pour faute grave**

S'agissant d'une salariée enceinte, la grossesse peut certes excuser une certaine nervosité, atténuer la gravité d'un comportement qui, en temps normal aurait été sanctionné par un licenciement sans préavis. Mais il ne faut pas exagérer...

Constitue une faute grave, la salariée enceinte qui, en présence de témoins

- tient des propos inconvenants à ses supérieurs, personnalités religieuses importantes (Cass. soc. 3 avril 1979, Institut musulman de la mosquée de Paris c/ Mila)
- injurie son supérieur hiérarchique , le bouscule au point de le faire tomber (cass. soc. 13 mars 1980, Mangeot c/ SA Japy Marne)
- insulte son employeur alors que celui-ci lui a demandé d'exécuter une tâche précise qui n'exigeait pas un effort incompatible avec son état de grossesse. (Cass. soc. 21 janv. 1987, Lefèvre c/ Goudjil).

**\* ou motif non lié à l'état de grossesse.**

Il en sera ainsi par exemple en cas de force majeure atteignant l'entreprise ou de la nécessité d'un licenciement collectif, de la fermeture de l'entreprise, ou même de la réorganisation d'un service à la suite de circonstances économiques ou techniques impérieuses. Toutefois, la seule existence d'une cause économique de licenciement ne constitue pas nécessairement une impossibilité de maintenir le contrat. (Cass.soc. 31 oct. 1996, n° 93.49.019 et Cass.soc. 19 nov. 1997, n° 94.42.540).

Une impossibilité absolue de licenciement existe cependant pendant le congé maternité (6 semaines avant l'accouchement et 10 semaines après). Aucun licenciement ne peut prendre effet ou être signifié pendant ce délai (art. L. 122-27 C. trav.).

Même s'il repose sur une faute grave ou une impossibilité de maintenir le contrat de travail, il est nul en application de l'article L. 122-27 du Code du travail (Cass.soc. 10 mai 1995, n° 9240038).

Pour bénéficier de la protection légale, la salariée doit, soit remettre à son employeur, contre récépissé, soit lui envoyer par lettre recommandée avec AR, un certificat médical attestant, suivant le cas,

- son état de grossesse et la date présumée de son accouchement ou la date effective de celui-ci,

- ainsi que, s'il y a lieu, l'existence et la durée prévisible de son état pathologique rendant nécessaire une augmentation de la période de suspension de son contrat de travail (C. trav. art. R. 122-9).

L'envoi d'un certificat médical de grossesse ne constitue pas une formalité substantielle. Il suffit, pour que la salariée enceinte soit protégée contre un licenciement que l'employeur ait été au courant de la prochaine maternité de la salariée lorsqu'il a pris sa décision de licenciement (cass. so. 13 juil. 1988, Ollivon c/ Duroyon).

Si un licenciement est notifié à une salariée enceinte avant que l'employeur n'ait été avisé de son état, la salariée peut faire annuler ce licenciement.

En effet, sauf si l'employeur fait état d'une faute grave, ou de l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour des raisons non liées à l'état de grossesse, la salariée peut obtenir l'annulation du licenciement en envoyant à l'employeur, par LRAR, dans un délai de 15 jours à compter de la notification, un certificat médical (Art. L. 122-25-2 al. 2 C. trav.). (Cass.soc. 7 avril. 2004, pBRI, Giansetti-Cuttaz c/Sté Vaugrelas Coiff. Et Cass. soc. 16 juin 1998, n° 95.42263). Le délai court à compter du jour où la notification a été portée à la connaissance de l'intéressée (Cass.soc. 3 déc. 1997, n° 95.40.09).

La production de ce certificat médical est, en principe indispensable. Faute de l'adresser dans le délai légal, la salariée ne pourra obtenir l'annulation de son licenciement. Une lettre simple sans document médical à l'appui ne suffit pas pour faire annuler le licenciement (Cass. soc. 12 mars 1987).

Le licenciement d'une salariée enceinte ou récemment accouchée est null. La sanction de cette nullité passe par le report des effets du licenciement au terme de la période de protection.

La salariée aura donc droit à des dommages et intérêts égaux aux salaires qu'elle aurait perçu jusqu'au terme de son congé. Cela couvre la période de suspension et les 4 semaines qui suivent cette période. auxquels s'ajouteront les indemnités afférentes à

ce licenciement, qui a de bonnes chances d'être considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse (6 mois minimum de salaire).(Cass. soc. 27 nov. 1990, S.A. Sodiscentre c/ Bottini).

En outre, depuis un arrêt du 30 avril 2003, le tribunal peut ordonner sa réintégration si elle le demande (Cass.soc. 30 avril 2003, n° 1381, Velmon c/association Groupe Promotrans).

Enfin, chacun des deux parents peut obtenir un congé parental d'éducation, qui peut prendre la forme soit d'une suspension de son contrat de travail, soit de réduire sa durée de travail d'au moins un cinquième (art. L. 122-28-1) pour une durée d'un an renouvelable deux fois.

Afin d'éviter un détournement de l'esprit de ce congé, le salarié en congé parental d'éducation ne peut exercer par ailleurs aucune activité professionnelle autre que celle d'assistant(e) maternel(le). La loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes améliore le sort des femmes. Ainsi, avant son départ en congé, le salarié doit maintenant bénéficier d'un entretien avec son employeur, afin d'évoquer, entre autres, les modalités lui permettant « de maintenir le contact avec son entreprise, ainsi que les souhaits de l'intéressé quant à son évolution professionnelle.

Désormais, (sauf accord de branche ou d'entreprise conclu avant l'entrée en vigueur de la loi), les salariées en congé de maternité devront bénéficier de mesures spécifiques en matière salariale, l'idée étant de leur appliquer les augmentations de salaire qui auront été accordées au personnel pendant leur absence. L'article L. 122-26 du Code du travail impose de majorer leur rémunération à hauteur des augmentations générales.

En outre, désormais, il importe peu que le congé de maternité coïncide avec la période fixée dans l'entreprise pour la prise de congé payé annuel : à son retour, la salariée concernée a droit à son congé annuel. Déjà posé par le juge (Cass.soc. 2 juin 2004, n°

02.42.405), ce principe fait son entrée dans le code du travail (art. L. 223-1 C.t.)

## **TITRE IV : RUPTURE DE LA RELATION SALARIALE**

Outre le licenciement pour cause personnelle qui constitue le principal mode de rupture, celle-ci peut intervenir en raison de la démission du salarié. Mais d'autres modes de rupture existent également, départ à la retraite, prise d'acte, départ négocié, force majeure.

### **Chapitre 1 : Le licenciement pour motif personnel**

Il ne faut pas confondre licenciement individuel et licenciement personnel. Un seul salarié peut être licencié pour motif économique, et ce sera alors la procédure spécifique qui s'appliquera.

La résiliation du CDI à l'initiative de l'employeur (le licenciement) est le mode de rupture le plus réglementé aujourd'hui, afin de sauvegarder la dignité du salarié (procédure, cause réelle et sérieuse) mais aussi l'intérêt de la société toute entière (des salariés licenciés à 53 ans risquent de se retrouver longtemps à la charge de l'ASSEDIC, voire devenir bénéficiaire du RMI).

Or, on a assisté, depuis la loi fondamentale du 13 juillet 1973, à un phénomène très classique en droit : plus le licenciement (personnel ou économique) a été étroitement réglementé, plus le nombre de démissions, de transactions, etc... a augmenté, cependant moins vite que le travail précaire.

Car lorsque le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire arrivent à échéance, il n'y a ni licenciement ni même rupture : il y a extinction prévue par les deux parties, et l'employeur n'est pas soumis aux contraintes juridiques et psychologiques qu'entraîne un licenciement.



Avec la croissance du nombre de chômeurs, la jurisprudence se montre de plus en plus exigeante à l'égard de l'entreprise : il s'agit désormais moins de l'exercice du droit de résiliation unilatérale que de lutter contre l'exclusion, dans l'intérêt de la société toute entière.

Le régime des licenciements pour motif personnel a connu depuis 20 ans de nombreux changements. Mais la loi fondatrice reste celle du 13 juillet 1973, qui a bouleversé ce qui existait antérieurement.

Avant 1973, la seule obligation qui pesait légalement sur l'employeur était l'envoi d'une lettre recommandée notifiant son licenciement au salarié concerné. Sur le fond, il n'avait, en application du seul art. 1780 du Code civil qu'à répondre de ses abus éventuels (licenciement de militants syndicaux etc...) et n'avait donc à alléguer un motif que lorsqu'il était assigné par le salarié devant le Conseil des Prud'hommes.

Au sein de la CEE, la France faisait figure de lanterne rouge.

La loi de 1973 a rompu avec le passé :

- elle a obligé le chef d'entreprise à respecter la dignité du salarié, en lui permettant de s'expliquer lors d'un entretien préalable. Elle a donc institué une procédure obligatoire, améliorée et étendue depuis le 2 août 1989 à tout licenciement (section 1).

- elle exige que tout licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, sous peine de fortes sanctions civiles (section 2).

### **Section 1 - La procédure de licenciement pour motif personnel**

Cette procédure peut apparaître complexe et pourtant, avant de décider de cet acte grave et définitif, il faut que chacun puisse exprimer son point de vue.

Sa durée (minimum 7 jours) permet parfois d'empêcher les coups de tête (dans les PME) sur lesquels le chef d'entreprise ne veut pas revenir pour ne pas perdre la face.

Elle assure le respect des droits de la défense : le salarié pourra s'expliquer

directement avec le responsable du personnel dans une discussion en tête à tête : il s'agit tout à la fois de correction minimum à l'égard de quelqu'un qui a travaillé, et de préservé sa dignité.

Enfin, on ne peut ignorer que cette procédure peut se révéler dissuasive à deux points de vue : sa complexité même dissuadera le chef d'entreprise de procéder à cette mesure grave. Et l'entretien préalable le fera parfois renoncer à son projet. C'est une chose de signer une lettre de licenciement, c'en est un autre que de devoir annoncer à un salarié qu'il va être licencié.

Cette procédure est logique :

- Fixation d'un rendez vous
- tentative de conciliation sous forme d'entretien.
- puis, après un délai de réflexion, l'employeur prend une décision qu'il notifie au salarié.

### **§ 1 - Convocation à un entretien préalable.**

Depuis le 2 août 1989, tout est plus simple car les seuils d'effectifs ou d'ancienneté ont disparu.

Tout projet de licenciement pour motif personnel doit donner lieu à l'envoi d'une lettre recommandée de convocation, que l'employeur peut également remettre en main propre au salarié, contre décharge (Art. L. 122.14 t)

Jugé que l'absence de récépissé rend la procédure irrégulière. Les témoignages de salariés de l'entreprise, concernant la remise de la lettre en main propre, ne tiennent pas lieu de récépissé (Cass.soc. 23 mars 2005).

Cette lettre indique qu'un licenciement est envisagé à l'encontre du salarié et lui fixe le jour et l'heure de la convocation (sur temps et lieu de travail). (art. L. 122-14 C. trav. et D. 122-2 du C. trav.). Curieusement, il n'est pas nécessaire que la lettre de convocation

mentionne les motifs qui font envisager le licenciement.(Soc. 4 nov. 1992, Dr.soc. 1992, p. 1002)., RJS 1992, n° 1372).

S'il n'est pas nécessaire de détailler les faits qui justifient le déclenchement de la procédure, il est en revanche indispensable de préciser qu'il s'agit d'un licenciement (et non d'une "sanction" ou "d'une mesure importante vous concernant"), afin que le salarié puisse savoir exactement ce qui l'attend, préparer ses arguments et joindre la personne qui pourra, le cas échéant l'assister lors de cet entretien.

Si le terme "licenciement" ne figure pas, la procédure est irrégulière.

#### **A -L'assistance du salarié (art. L. 122-14)**

**De même doit figurer absolument la phrase suivante :**

**"Vous pouvez vous faire assister par un membre du personnel appartenant à l'entreprise". De même la lettre précise l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés (art. L. 122-14).**

Ici, tous les mots sont importants :

- il "**peut**" se faire assister, mais cela n'est pas une obligation ; si le cadre souhaite négocier une transaction ou si le salarié ne souhaite pas donner une certaine publicité à son départ, il viendra seul lors de l'entretien.

- "**se faire assister**", au sens physique ou moral du terme, ne pas être seul face à l'employeur. Mais non se faire "représenter" par son conjoint, un avocat ou le délégué syndical ;

Pour que l'entretien aboutisse à la conciliation souhaitée, le salarié viendra en personne et l'employeur peut refuser toute représentation ou délégation collective.

- "**par un membre du personnel**" ; pas forcément un représentant du personnel, bien que ce soit très souvent le cas, ce dernier étant bien protégé contre une éventuelle réaction patronale.

Un ami, un camarade de travail (courageux, voire téméraire) peut donc venir assister le salarié lors de l'entretien : il sert autant de soutien psychologique, qu'à l'avenir de témoin dans un éventuel contentieux.

Malgré son absence au travail lors de l'entretien, il devra être payé.

- **“appartenant à l'entreprise”** . Notion beaucoup plus large que celle d'établissement. Le délégué syndical d'un établissement de la région parisienne peut parfaitement venir assister celui de Nice.

En tout état de cause, la fréquente absence de délégués dans les entreprises, a amené le législateur, en 1989 à prévoir une alternative.

Aux termes de l'article L. 122-14 al 2 “lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié peut se faire assister par un conseiller de son choix, inscrit sur une liste dressée par le représentant de l'Etat dans le département après consultation des organisations représentatives (...)”

La liste départementale est dressée en fait par le directeur départemental du travail et de l'emploi après avis des organisations syndicales mais la liste est adoptée définitivement par le Préfet (Art D. 121-3 du C. T.). La publication de la liste au recueil des actes administratifs de la préfecture la rend opposable à tous.

Comme ces fonctions sont gratuites (art D 122-2) et que le ministre du travail en avait exclu les avocats, conseils juridiques et permanents syndicaux pour donner toute sa chance à cette tentative de conciliation, la constitution de ces listes s'est avérée très délicate : les personnes intéressées par cette fonction étant souvent des magistrats ou des inspecteurs du travail retraités. Mais les volontaires étaient rares.

Une seconde loi a donc dû être votée le 18 janvier 1991. (Loi 91-72). Si cette loi maintient la possibilité de recourir à d'anciens magistrats ou fonctionnaires, elle s'inscrit manifestement dans une logique qui fait prévaloir l'aspect syndical de l'assistance. Ce qui explique que les principales centrales syndicales soient devenues plus favorables à

cette institution en 1991.

Sont visés **tous les licenciements donnant lieu à entretien préalable, dans les entreprises ne disposant d'aucun représentant du personnel**. Une circulaire ministérielle du 5 septembre 1991 est venue préciser qu'une entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel lorsqu'il n'existe ni comité d'entreprise, ni délégué syndicaux, ni délégués du personnel, ni CHSCT.

Cette loi a pour objectif, d'une part, de renforcer les garanties du salarié par l'intervention d'une personne extérieure et, d'autre part, de transformer le statut du conseiller en l'ajoutant à la liste des salariés protégés. L'exercice de cette fonction ne peut en effet constituer un motif de licenciement : le conseiller bénéficie de la protection des délégués syndicaux en cas de licenciement : autorisation expresse de l'inspecteur du travail (décret du 31 juillet 1991).

Le choix du salarié est facilité par le renforcement des informations qui doivent apparaître sur la liste des conseillers, à savoir, nom, adresse professionnelle et appartenance syndicale éventuelle.

La consultation de cette liste est aidée par l'obligation qui est faite à l'employeur de préciser dans la lettre de convocation, l'adresse des services où la liste des conseillers est tenue à la disposition des salariés (art. L. 122-14) (c-a-d inspection du travail ou mairie).

Si le salarié compte se faire assister par un conseiller (en l'absence de délégué), il doit le faire savoir au chef d'entreprise. Art D 122-1).

Les modalités de rétribution du conseiller salarié sont fixées à l'article D. 122-5 et svts.

## B- les délais

Que le salarié se fasse assister ou pas par un conseiller extérieur **l'entretien ne peut être fixé moins de 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre de la lettre de convocation.** (art. L. 122-14 C .t. modifié par l'ord. du 24 juin 2004).

Le salarié ne peut renoncer au délai institué par ce texte (cass.soc. 28 juin 2005. n° 02.47.128, N. Dumazeau c/ Jeanson Leclerc).

Par jour ouvrable on entend tous les jours de la semaine, sauf le dimanche et les jours fériés non travaillés (les jours fériés figurent à l'article L. 222-1 du C.t.). Par exemple, le samedi, même s'il n'est pas travaillé est un jour ouvrable.

Il faut noter qu'aux termes de l'article 641 du nouveau code de procédure civile, lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte, de l'évènement ou de la notification qui le fait courir ne compte pas. Aussi, le jour de présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre n'est pas imputé sur le délai de cinq jours.

Quant au dernier jour du délai, aux termes de l'article R 122-3-1 du Code du travail, en matière de licenciement, lorsque les délais prévus expirent un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, ils sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Eu égard à ces différentes dispositions, le délai entre la convocation à l'entretien préalable et la date effective de l'entretien est donc souvent porté à 7 ou 8 jours.

La lettre reçue, le salarié n'est pas obligé de se rendre à l'entretien. Mais comme il ne peut être question que son absence paralyse toute la procédure, l'employeur constatera son absence le jour dit, et poursuivra la procédure. Mais jugé qu'un employeur qui convoque son salarié pour un entretien préalable alors qu'il sait que celui-ci va subir une grave opération et donc ne pourra se présenter, ne respecte pas la procédure de l'entretien préalable (Cass.soc. 1<sup>er</sup> fév. 2001, SARL Distri Cuir Center).

L'employeur peut refuser que le salarié quel qu'en soit le motif, se fasse représenter par un tiers (même en cas d'arrêt maladie).

La lettre de convocation doit prévoir que l'entretien préalable se déroule pendant les heures de travail habituelles du salarié. A défaut, la procédure n'est pas irrégulière mais le salarié devra être rémunéré et indemnisé (Cass.soc. 20 avril 2005, n° 03.40.556).

Lorsque, pour des raisons légitimes, le lieu de l'entretien préalable n'est pas celui où s'exécute le travail ou le siège social, le salarié a droit au remboursement de ses frais de déplacement. En l'espèce, l'entreprise était en liquidation judiciaire et l'entretien s'est tenu à l'étude du mandataire liquidateur (cass.soc. 28 janv. 2005, n) 02.45 971).

## **§ 2 - L'entretien préalable**

### **1 - représentation et assistance de l'employeur**

#### **Représentation**

L'art. L. 122-14, qui vise « l'employeur ou son représentant » autorise expressément l'employeur à se faire représenter lors de l'audition du salarié convoqué.

La Cour de cassation a décidé, il y a quelques années que *“la faculté de représenter l'employeur à l'entretien préalable n'est pas réservée au seul délégataire du pouvoir de prononcer le licenciement”*. (soc 14 mai 1987 Schenkel).

Jugé également que le directeur du personnel, engagé par une société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire pour autant que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit (Cass.soc. 19 janv. 2005 , n° 02.45.675).

La cour de cassation a même validé un licenciement dans lequel le chef du personnel avait procédé à la convocation, puis avait délégué ses pouvoirs à un cadre pour conduire l'entretien, tandis que la lettre de licenciement avait été signée par le directeur de l'usine (CA Besançon, 19 nov 1982).

### **Assistance**

Le Code du travail ne contient aucune disposition relative à la possibilité pour l'employeur de se faire assister lors de l'entretien préalable au licenciement. Mais il ne contient pas non plus de disposition l'interdisant expressément.

La jurisprudence tolère l'assistance dans certaines conditions en prohibant seulement la participation de tiers à l'entreprise.

L'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise (Cass. soc. 26 fév. 1992, Trigona c/ Sté Albi) à la condition que sa présence ne nuise pas aux intérêts du salarié (Cass soc. 11 janv. 1984).

Mais la présence des assistants de l'employeur ne doit pas transformer l'entretien préalable en tribunal, le détournant ainsi de son objet. Tel est le cas lorsque l'employeur se fait assister lors de l'entretien préalable, par une quinzaine de personnes (cass.soc. 1er avril 1997 n° 95.42.246).

En revanche, l'assistance de l'employeur par une personne extérieure à l'entreprise est de nature à rendre la procédure irrégulière en la forme, car elle met le salarié en situation d'infériorité (Cass. soc. 12 mars 1986 ; 20 juin 1990, Petit c/ SA Nouveau courrier de la Presse).

Dans l'esprit du législateur - qui a repris la même formule en 1975 pour le divorce- cet entretien doit chercher à aboutir à une conciliation, qui permettrait d'éviter le licenciement. L'employeur, informé des faits exacts, et tenant compte de la situation



personnelle du salarié, renoncerait à cette mesure définitive.

Il en va différemment en pratique. La complexité de la procédure incite les chefs d'entreprise à ne convoquer le salarié que lorsque le licenciement semble acquis : si l'entretien permet de respecter les droits de la défense, il aboutit rarement à la conciliation souhaitée.

### **Le déroulement de l'entretien**

Lors de l'entretien, l'employeur indique au salarié les motifs précis qui l'ont amené à déclencher la procédure puis recueille les explications du salarié... et éventuellement de la personne qui l'assiste.

Ce dernier n'est pas qu'un témoin en vue d'un contentieux ultérieur : souvent habitué à la prise de parole ou à la négociation, il intervient parfois avec conviction, surtout lorsqu'il est extérieur à l'entreprise.

Dans les deux cas, la jurisprudence laisse une grande liberté d'expression aux protagonistes, sauf abus bien sûr.

Constitue ainsi un abus le fait de tutoyer et d'injurier l'employeur pendant l'entretien et de froisser tous les papiers proposés à la signature (CA Poitiers 20 juin 1990 Garage de la Tonelle). Il se rencontre même des juges pour utiliser la notion de faute lourde . En commet une le salarié qui "insulte et menace l'employeur lors de l'entretien (CA Grenoble 14.2.90). Constitue aussi une faute lourde "*des menaces de mort réitérée et de grossières injures*" (CA Dijon 25 mars 1988 Marmier).

Néanmoins, deux arrêts rendus les 19 et 26 juin 1991 semblent ouvrir la voie à la mise en place d'un régime proche de "l'immunité de parole".

S'agissant de l'enregistrement de l'entretien, la Chambre criminelle de la Cour de

cassation a eu à se prononcer dans une affaire où un salarié licencié avait enregistré l'entretien préalable qu'il avait eu dans le bureau de son directeur, à l'insu de celui-ci, afin d'établir la preuve des motifs de son licenciement.

La chambre criminelle a estimé que n'est atteinte à la vie privée, que ce qui est enregistré de propos "relatifs à la vie privée", et non ce qui a trait à la vie professionnelle (crim 16.1.90).

En revanche, les cours d'appel se montrent hostiles à de tels procédés (CA Douai 14.9.90 ; CA Nancy 27 juin 1990 Martino) dans la mesure où les salariés peuvent se faire assister par quelqu'un qui peut témoigner de ce qui s'est dit.

En tout état de cause, pour la Cour de cassation, l'obligation légale pesant sur l'employeur d'indiquer les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié au cours de l'entretien préalable est impérative. Le manquement à cette obligation entraîne l'irrégularité de la procédure. (Mais non l'illégitimité du licenciement).

La durée de l'entretien est donc fort variable en pratique : s'il s'agit d'une faute reconnue par le salarié, il est souvent fort bref.

Si la faute est contestée, ou si la sanction paraît excessive, il est plus long et peut donner lieu à de véritables négociations (transactions, voire transformation du licenciement en mutation, rétrogradation ou mise à pied).

Les parties peuvent dresser procès verbal de l'entretien et certains tribunaux acceptent de prendre en compte ces PV à la condition qu'ils aient été contresignés par le salarié (CA Paris 22 fév 1983).

### **§ 3 - La notification du licenciement**

L'employeur ne peut notifier immédiatement le licenciement à l'issue de l'entretien. La

loi lui impose d'attendre **deux jours ouvrables** avant d'envoyer la lettre de notification. En clair, cela signifie que deux jours ouvrables entiers doivent s'écouler entre le jour fixé pour l'entretien et le jour de l'expédition de la lettre recommandée. (art. L. 122-14-1 alinéa 2).

Si la lettre de licenciement est envoyée trop tôt, l'employeur ne peut réparer son erreur en envoyant une seconde lettre (cass. soc. 22 juin 1993, Le Cam c/ Sté Inovatic).

De même, l'employeur qui annonce à l'issue de l'entretien préalable sa décision de licencier ne peut pas réparer l'irrégularité de la procédure par l'envoi d'une lettre de licenciement, respectant, cette fois, le délai légal (cass. soc. 15 nov. 1990, SA Parke Davis c/ Seynhaeve).

Dans un arrêt du 11 mai 2005 (Cass.soc. 11 mai 2005, n° 03-40.650) , la Cour de cassation a précisé à que « la rupture d'un contrat de travail **se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin**, c'est-à-dire **au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture** ». Ce n'est donc plus l'information du salarié, (la réception de la lettre) mais l'expression de la volonté de l'employeur qui sert de référence.

### **Le motif du licenciement**

Une fois le licenciement notifié, il n'y a plus de retour en arrière possible sans l'accord du salarié. La notification sert de point de départ du préavis.

Depuis 1989, la lettre de licenciement doit toujours énoncer **le motif précis du licenciement**, quel qu'il soit. Le législateur s'est placé dans une optique contentieuse : ce document écrit sera essentiel devant le Conseil des Prud'hommes. Cette obligation est applicable quelle que soit la taille de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié (art. L. 122-14-2).

Du côté patronal, il ne peut être question de ne pas motiver précisément la lettre, même si le salarié le demande. Au contraire, la rédaction du (des ) motifs doit donner lieu à réflexion:

- ces motifs sont-ils exactement ceux invoqués lors de l'entretien préalable ?
- ces motifs peuvent-ils fonder un licenciement pour cause réelle et sérieuse ?

Une fois rédigés, ces motifs fixent définitivement le cadre du litige éventuel et le chef d'entreprise ne pourra les remettre en cause. Selon la Cour de Cassation "le juge ne peut retenir d'autres griefs" et la loi indique qu'en cas de doute, il profitera au salarié.

L'employeur ne pourra par exemple :

- alléguer ultérieurement devant le juge des absences fréquentes du salarié pendant son service, son absence de conscience professionnelle et son manque d'ardeur au travail, dès lors que ces griefs ne figurent pas dans la lettre de licenciement (Cass. soc. 26 mars 1992, Gilbert c/ Sté Carrefour Belle épine)
- d'une manière générale, l'employeur ne peut invoquer des faits postérieurs à l'entretien préalable (soc 30 mars 1994).

L'employeur qui n'indique pas le motif dans sa lettre de licenciement ou le fait de manière trop imprécise, est considéré comme n'ayant pas de motifs sérieux à faire valoir. En d'autres termes, une imprécision de motifs équivaut à une absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. L'irrégularité procédurale est donc assimilée à une absence de cause réelle et sérieuse.

Par exemple, est sans cause réelle et sérieuse le licenciement, lorsque dans sa lettre de licenciement, l'employeur se borne :

- à viser une faute lourde et grave que le salarié aurait commise (Cass. soc. 28 nov. 1991, Soulier c/ Sté Marlydis).
- à évoquer "les raisons invoquées lors de l'entretien préalable" (Cass. soc. 26 mars

1992, Solier c/ Bonhommet) ;

- à se référer à une lettre antérieure dans laquelle les faits avaient été exposés (Cass. soc. 10 déc. 1991, Richard c/ Sté Sopri).

Une décision de l'Assemblée plénière a confirmé que l'employeur ne pouvait se référer aux motifs antérieurement énoncés dans la lettre de convocation à l'entretien préalable. En outre, la lettre de convocation se contentait de faire référence à un litige opposant le salarié à une entreprise fournisseur. (Ass.plen. 27 nov 1998, n° 97-40.423 P).

Mais la chambre sociale a jugé le 2 décembre 1998 que la lettre de licenciement à laquelle est annexée la lettre de convocation énonçant les motifs de licenciement est motivée (Cass.soc 2 déc 1998, n° 96-44.363 P).

A noter que dans la lettre de licenciement, l'employeur est tenu d'énoncer les faits qu'il reproche au salarié sans nécessairement viser l'existence d'une faute grave ou lourde. Si l'employeur considère que les faits sont constitutifs d'une faute grave, il peut se contenter de mentionner l'effet immédiat du licenciement (Cass. soc. 16 janv. 1992, Tea Yen Binh c/ SARL Gillet).

L'employeur n'a pas la possibilité de réparer son oubli et d'invoquer un motif dans un courrier ultérieur (Cass. soc. 5 nov. 1992),

En revanche, est suffisamment motivée la lettre de licenciement dans laquelle l'employeur reproche au salarié :

- un comportement systématiquement conflictuel avec les membres de l'équipe de gestion (cass. soc. 7 mars 1995, sté Boussyval c/ Cerceau);
- la tenue de propos injurieux et diffamatoires à l'encontre du directeur général de la société, le motif étant suffisamment explicite (cass. soc. 16 mai 1995, Sté Au travailleur Chaunois c/ Loncle) ;
- des indécrotesses (Cass. soc. 4 oct. 1994, Lefert c/ Sté Danzas). Aux juges ensuite

de vérifier la réalité et le sérieux des faits sur lesquels elles se fondent.

En résumé, on peut dire que la lettre de licenciement doit énoncer des griefs matériellement vérifiables, qui ne présentent pas un caractère subjectif (Cass.soc. 14 mai 1996, RJS 6/96, n° 664 ; 23 mai 2000, TPS aout/ sept 2000, comm. 263).

Le fait de ne pas dater les événements ne rend pas pour autant imprécis les motifs invoqués (Cass. soc. 7 mars 1995, Sté Sadosky frères c/ Bavière). Toutefois, il faut conserver à l'esprit les règles concernant **la prescription de faits fautifs**. Les faits reprochés ne peuvent donner lieu, à eux seuls, à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance (art. L. 122.44 C. trav.)

La cour de cassation applique cette règle alors même que le droit du licenciement ignore ce délai (soc 15 mai 1991 et soc 28 juin 1990).

S'agissant de la notification du licenciement, les juges s'inspirent aussi de la procédure disciplinaire. Dans un arrêt du 21 mars 2000, les juges rappellent que le licenciement prononcé pour un motif disciplinaire plus d'un mois après la date de l'entretien préalable est dépourvu de cause (Reprise de la jp soc 16 mars 1995 ; arrêt du 15 oct 1997 (n° 3557), Cass.soc. 21 mars 2000, SA Seop c/loyal).

La Cour de cassation a précisé dans un attendu de principe qu'en vertu de l'article L. 122-41 CT aucune sanction disciplinaire ne peut intervenir moins d'un jour franc (ancien délai) ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable. ; que cette disposition est applicable au licenciement prononcé pour des faits considérés comme fautifs par l'employeur et que le **caractère tardif de la sanction prive le licenciement de cause réelle et sérieuse**.

#### **§ 4 - Sanctions en cas de procédure irrégulière**

L'art. L. 122-14-4 datant de 1973 semble d'une logique parfaite : si le licenciement d'un

salarié survient sans observation de la procédure requise, **mais pour une cause réelle et sérieuse**, "*Le tribunal doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire*".

Cette double sanction n'est, en pratique, pas effective : car la lenteur de la justice prud'homale (délai moyen : 11 mois) vide de son sens la réitération de la procédure. Le salarié qui trouve un autre emploi devrait demander sa matinée de congé afin de se présenter chez son ancien employeur, à un entretien préalable" au licenciement qui a eu lieu il y a un an.

De fait, contre la lettre du texte, les juges ne condamnent jamais l'employeur à réitérer la procédure et les salariés qui le demandent peuvent être déboutés (Soc. 6 juil. 1983, Cah.prudh. 1984, p. 13).

La seule sanction est donc, comme souvent en droit du travail, indemnitaire. En fonction de la gravité de l'irrégularité constatée, le juge devra allouer une indemnité équivalente à un mois de salaire maximum.

Dans un arrêt du 11 mars 1998, la Cour de cassation a précisé que l'irrégularité de procédure entraîne nécessairement un préjudice pour le salarié que le juge du fond doit apprécier et qui ne peut se limiter au franc symbolique (n° 96-41-350).

Si une condamnation, fut-elle de principe, doit intervenir, elle ne pourra jamais dépasser un mois de salaire, ce qui peut se révéler peu dissuasif en pratique.

**Attention ! La sanction du licenciement irrégulier en la forme n'est prévue que si le licenciement est justifié, c'est-à-dire qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse.**

**Si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, l'irrégularité de forme sera absorbée par l'irrégularité de fond, (sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts équivalents à 6 mois de salaire au minimum).**

**Il n'y a donc pas, en principe, cumul des deux indemnisations, sauf :**

- pour les salariés travaillant dans une entreprise de moins de 10 salariés
- ou les salariés ayant moins de 2 ans d'ancienneté.

**Ces salariés peuvent demander réparation cumulative des deux préjudices (Cass.soc. 28 janv. 1998, n° 95.43 914), mais ils ne bénéficient d'aucune indemnité plancher.**



## **Section 2- la cause réelle et sérieuse de licenciement**

Aujourd'hui, tout licenciement, quel qu'en soit le motif, doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, dont le législateur n'a donné aucune définition. Mais depuis 1973, la jurisprudence a rendu tant d'arrêts à ce sujet que l'on cerne mieux cette notion, fondamentale, puisqu'elle permet à l'employeur d'exclure un salarié de son entreprise.

Pour cette dernière raison, la cour de cassation se montre aujourd'hui plus exigeante (3,5 millions de chômeurs) qu'en 1974 (200 000) : le licenciement doit constituer l'ultime solution.

### **§ 1 - La notion de cause réelle et sérieuse.**

Autant la réalité du motif (invoqué lors de l'entretien et décrit dans la lettre de notification) ne pose guère de problème en raison de son caractère objectif, autant le sérieux empreint de subjectivité d'un côté comme de l'autre, apparaît comme une notion à géométrie variable, malgré les récentes évolutions jurisprudentielles visant à plus d'objectivité.

#### **A - objectivité : la réalité du motif**

Pour être objective, la cause du licenciement doit se traduire par des manifestations extérieures, susceptibles de vérification.

Outre le caractère objectif de la cause, la cause doit être existante et exacte.

#### **\* caractère objectif de la cause**

Ainsi la mésentente d'un salarié avec les autres salariés ne sera une cause objective de licenciement que si l'employeur peut faire état de faits précis ayant entravé le bon fonctionnement de l'entreprise. En revanche, la cause du licenciement n'est plus

objective lorsque l'employeur invoque le mauvais caractère d'un salarié, sans donner de précision sur les manifestations extérieures de ce mauvais caractère.

La question s'est posée à propos de la **perte de confiance**.

Pendant plusieurs années les juges ont admis que les impressions de l'employeur pouvaient constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il a ainsi été jugé qu'une salariée pouvait être régulièrement licenciée en raison "d'une absence de confiance réciproque mettant obstacle en l'espèce au maintien des relations de travail" alors qu'aucune négligence, aucun acte de mauvaise volonté n'était relevé à l'encontre de cette salariée ; la perte de confiance tenait à ce que le mari de cette salariée avait été licencié par l'employeur et que des rapports tendus existaient entre l'employeur et le mari de cette salariée (Cass. soc. 26 mai 1980, Voisin).

La rupture des relations de concubinage a même été invoquée pour justifier la perte de confiance (Cass. soc. 29 nov. 1984).

C'est en 1990, dans un arrêt "Mme Fertray", la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en affirmant "*qu'un licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs; que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement*".

Cela signifie que, **d'une part** un employeur ne peut plus licencier un salarié en raison du comportement d'un de ses proche. L'employeur doit être en mesure de prouver des faits objectifs imputables au salarié lui-même.

- ainsi n'est pas justifié le licenciement d'une salariée au motif que son conjoint a eu un comportement répréhensible vis à vis de l'employeur (Cass.soc. 23 mars 1989, Sté Kone c/Moya)
- ou d'une salarié au motif qu'elle entretenait une liaison avec le directeur commercial licencié quelques jours auparavant Cass.soc. 6 déc. 1990, Pellegrinelli c/APS)

**D'autre part**, un licenciement ne peut plus être régulièrement prononcé en raison de "soupçons" que l'employeur pourrait avoir quant à des comportements répréhensibles du salarié. En particulier, si la juridiction pénale est saisie, le juge doit sursoir à statuer.

En 2001, la Cour de Cassation affine sa position en énonçant que la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement (cass.soc. 29 mai 2001, D. 2002, 921, obs. Gardin). (Cass.soc. 26 janv. 2005 : les juges rappellent que la perte de confiance et l'incompatibilité d'humeur ne sont pas des motifs de licenciement. Le licenciement doit être basé sur des faits objectifs).

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui décide que le licenciement d'un salarié avait une cause réelle et sérieuse dès lors qu'il n'avait pas spontanément avisé sa hiérarchie d'un risque de conflit d'intérêt né de son mariage avec une personne détenant la moitié du capital d'une société affiliée au réseau de son employeur, alors d'une part que le risque de conflit ne peut constituer une cause réelle et sérieuse et alors que, d'autre part, aucun manquement du salarié à l'obligation contractuelle de bonne n'était caractérisé (Cass.soc. 21 sept. 2006, n° 2052, sté Dekra Veritas).

#### **\* Cause existante**

Les faits présentés comme le motif de la rupture doivent exister réellement.

De même, on ne peut pas reprocher une faute à celui qui exerce un droit (par exemple abandon de poste pour un gréviste ou un salarié exerçant son droit de retrait).

#### **\* cause exacte**

L'inexactitude de la cause peut jouer un rôle original. Le salarié ne conteste pas que les faits soient établis, il conteste que ces faits soient le véritable motif du licenciement.

Par exemple, une employée est licenciée pour avoir pris des pots de confiture sur des plateaux de petit déjeuner. Ce n'est pas ce petit larcin que l'employeur lui reproche. En réalité, l'employée avait témoigné contre lui dans son divorce. (Cass. Soc. 28 oct. 1981).

Les juges doivent donc rechercher dans chaque litige si la cause alléguée ne dissimule pas la véritable cause -inavouable- du licenciement.

Si la réalité du motif du licenciement ne donne pas lieu à un contentieux trop abondant, il n'en va pas de même du sérieux, subjectif à tous points de vue, malgré la volonté de la Cour de cassation d'objectiver le licenciement.

## **B - Subjectivité relativisée : le sérieux du motif**

Au cours des débats précédant le vote de la loi du 13 juillet 1973, le ministre du travail donna une précision sur la signification de l'expression "cause sérieuse" : "Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement".

D'ores et déjà, la vision patronale peut s'opposer à la vision du salarié : si le premier considère qu'il a un motif sérieux de se séparer du salarié en cause, ce dernier trouve souvent que ce motif n'est pas assez sérieux pour le contraindre au chômage : si ce second point de vue peut sembler humainement valable (et de nombreux employeurs en tiennent compte) il n'est pas juridiquement fondé : c'est le licenciement qui doit reposer sur une cause réelle et sérieuse.

Les deux motifs les plus classiques sont la faute du salarié et l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, l'inaptitude physique ne constitue pas une faute, de même les absences dues à la maladie ou l'insuffisance professionnelle.

## 1 - l'échelle des fautes

Il existe une hiérarchie des fautes avec 4 niveaux :

- **faute légère** : la faute légère ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. En revanche, la réitération de fautes légères peut entraîner le licenciement du fautif.

- **faute constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement**. Il n'en existe pas de définition. Elle se situe entre la faute légère et la faute grave ou lourde. C'est plutôt la catégorie résiduelle par rapport aux trois autres catégories. Le salarié effectuera son préavis (à moins que l'employeur ne l'en dispense : il lui versera alors l'indemnité compensatrice de préavis) et touchera des indemnités de licenciement (1/10ème de mois par année d'ancienneté).

### - **faute grave**

Un comportement inadmissible constitue une faute grave. La définition de celle-ci repose sur des effets : elle est d'une importance telle qu'elle rend impossible et impensable le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis ( définition donnée par la Cour de cassation : cass. soc. 10 avr. 1991, Kada c/ R.D.T.A et Cass. 25 fév. 1992, Brin c/ Sté Capimac Mac Donald.).

Déterminer s'il y a eu ou non faute grave c'est donc répondre à cette question : compte tenu de son comportement fautif, le salarié peut-il ou non continuer à travailler pendant le préavis sans faire courir un risque à l'entreprise, sans nuire à son bon fonctionnement ?

Conséquence naturelle de la faute grave : le salarié sera licencié mais perdra son indemnité de préavis. L'employeur ne l'en dispense pas : il l'en prive à titre de sanction.

Le salarié perd également son indemnité de licenciement, ces deux indemnités allant en principe de pair. Le salarié touchera seulement son indemnité de congés payés.

### **- faute lourde.**

Pour qu'il y ait faute lourde, il est nécessaire qu'il y ait faute intentionnelle et, qui plus est, intention de nuire à son employeur.

Le salarié est privé :

- . de l'indemnité compensatrice de préavis,
- . de l'indemnité de licenciement,
- . de l'indemnité compensatrice de congés payés.

La privation de cette dernière indemnité est surprenante puisque qu'elle ne constitue pas une indemnité de rupture. Elle s'acquiert mois après mois après un travail effectif. Si l'article L. 223-14 permet cette exception à l'interdiction des sanctions pécuniaires c'est que le législateur a vu dans cette privation une peine privée. L'acte du salarié ayant souvent causé un préjudice (détérioration volontaire de matériel, vol) l'employeur est en droit de se faire en partie justice.

Si la faute lourde constitue par ailleurs un délit pénal, la victime directe pourra porter plainte avec constitution de partie civile devant le tribunal correctionnel.

L'intention de nuire a été établie à l'encontre

- d'un salarié ayant dégradé volontairement du matériel appartenant à l'employeur (Cass. soc. 3 mai 1994, Long c/ Sté Kempf Martin et fils)
- d'un salarié qui fait établir par un fournisseur une facture au nom de son employeur pour un appareil destiné à lui-même (Cass. soc. 4 oct. 1990, Omasson c/ SA Legendre).
- du salarié qui détourne la clientèle de son employeur et commet des actes de concurrence déloyale au profit d'une société créée par son fils (Cass. soc. 30 nov. 1994, Chailloux c/ SARL Otamic).

Il est à noter que la faute lourde ne prive pas le salarié des sommes représentatives de complément de salaire (prime de vacances et 13ème moi) Cass. soc. 11 juin 1992, Lievens c/ SA Assinco).

Le qualificatif de faute lourde étant plus rarement invoqué, c'est surtout entre la faute "classique" et la faute grave que l'employeur peut hésiter.

Tout est affaire de circonstances mais deux facteurs jouent un rôle important dans la qualification de la faute par les juges : le niveau hiérarchique du salarié (un cadre doit montrer l'exemple) et son ancienneté dans l'entreprise : un salarié travaillant depuis 15 ans dans une entreprise ne peut, à juste titre, être licencié comme le dernier embauché.

Nonobstant le coût moins élevé de la rupture, la faute grave a également pour effet de permettre :

- la rupture anticipée du contrat à durée déterminé, après avoir accompli la procédure disciplinaire ;
- la rupture anticipée du contrat de mise à disposition signé entre l'agence de travail temporaire et l'utilisateur qui a constaté la faute grave du salarié détaché chez lui ;
- le licenciement d'une femme enceinte si "la faute de l'intéressée n'est pas liée à l'état de grossesse (art. L 122;;25-1)
- le licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle pendant toute la durée de la suspension de son contrat de travail (art. L. 122-32-2.)

En tout état de cause, la faute grave rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. En aucun cas l'employeur ne pourra se prévaloir d'une faute grave s'il a laissé le salarié exécuter son préavis (Cass. com. 25 fév. 1992, Brin c/ Sté Capimac Mac Donald). En revanche, le versement au salarié d'une somme égale à l'indemnité compensatrice de préavis ne signifie pas que l'employeur ait renoncé à invoquer la faute grave (Cass. soc. 16 janv. 1992, Chapport c/ SARL Gandelin ; 9 avril 1992, Khelifi c/ SARL Carthage).

L'employeur qui maintient le salarié dans l'entreprise pendant un temps excédant les délais nécessaires à son information, alors qu'il a eu connaissance de l'ensemble des

griefs au fur et à mesure de leur réalisation, ne peut plus en principe, se prévaloir de la faute grave (Cass. soc. 22 oct. 1991, Amahrma c/ Manouvrier)

Tel est le cas si l'employeur a eu connaissance de la faute le 6 juin mais convoque le salarié le 25 juillet seulement et le licencie le 24 août (Cass. soc. 19 déc. 1991, UDMG c/ Guiraboye).

Tel est encore le cas lorsque le licenciement du salarié intervient plus de 2 mois après l'entretien préalable. On considère que le manquement du salarié à ses obligations ne rend pas impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constitue pas une faute grave. (Cass. Soc. 7 avr. 1993, Sté Dampierre et Sodabel c/ Chaplain ; cass. soc. 28 nov. 1991, Varret c/ Assoc. AIDAPHI : Salariée convoquée le 10 août, licenciement prononcé le 20 novembre suivant : l'employeur ne peut plus invoquer la faute grave).

Il faut rappeler à cet égard qu'il existe des différences importantes entre la procédure disciplinaire et la procédure de licenciement. **Dans le cadre d'une procédure disciplinaire, l'employeur ne peut plus prononcer une sanction lorsqu'il s'est écoulé un délai de plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien**, alors qu'une telle interdiction n'est pas prévue par les dispositions légales concernant la procédure de licenciement.

Bien que la loi n'en dise rien, il est souhaitable de mettre à pied, de façon conservatoire (et non disciplinaire) le salarié gravement fautif. Cela évitera que le salarié puisse contester la gravité de sa faute en invoquant le fait qu'il a continué à travailler dans l'entreprise, ce qui semble incompatible avec la nécessité de rompre rapidement.

## **2 – La nature des fautes**

A partir du moment où il n'existe aucune définition de ces fautes, il y a lieu d'examiner l'ensemble des faits et des circonstances de manière systématique. Quelques



regroupements peuvent être effectués :

**\* indiscipline**

Le salarié qui refuse d'accomplir une tâche malgré l'ordre qui lui en est donné commet-il une faute justifiant son licenciement ? Peut-il s'agir d'une faute grave ?

En refusant d'accomplir une tâche qui n'entre pas dans ses attributions normales, compte tenu des fonctions réellement exercées et de sa qualification au regard de la convention collective, le salarié ne commet aucune faute. Tel est le cas d'un homme d'entretien dans un hôpital qui refuse d'effectuer la tâche occasionnelle de brancardier pour descendre des malades au bloc opératoire (Cass.soc ;. 18 mai 2005).

Est sans cause réelle et sérieuse le licenciement :

- d'un agent de comptoir, employé par une agence de voyage, qui refuse de remplacer l'hôtesse accompagnatrice (Cass. soc. 14 mars 1985, Voyages Puthet c/ Gauge) ,
- d'une secrétaire comptable refusant d'assumer la tâche d'une secrétaire facturière en congé de maternité. Celle-ci estimait ne pouvoir les assumer sur une longue période dans de bonnes conditions (Cass. soc. 20 janv. 1983).

Si les ordres sont donnés de façon humiliante pour le salarié, le refus d'obtempérer ne justifie pas un licenciement :

- une vendeuse de libre service avait refusé de déplacer une caisse de 6 bouteilles de boissons. Le comportement de l'employeur qui n'hésitait pas à faire porter par la salariée de lourdes charges, malgré un avis médical contraire, était injurieux et volontairement humiliant. Le refus de la salariée d'obéir à l'ordre était justifié (Cass. soc. 16 juin 1993, Gromat c/ Darnis).

En revanche, si les travaux demandés entrent dans les attributions du salarié, telles qu'elles sont définies par la convention collective, le contrat de travail ou même l'usage de l'entreprise, le refus constituera une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc. 25 mars 1985, Hillairet c/ Sté civile de Moyens Freiche Mayeur).

Licenciement justifié :

- d'un chauffeur poids lourds livreur qui refuse de participer à des travaux de manutention alors que dans l'entreprise l'usage était d'employer à ces travaux des chauffeurs non occupés à des livraisons (Cass. soc. 27 nov. 1986, Romanel c/ SA Sovada)
- du salarié qui refuse, sans raison valable d'exécuter une tâche indispensable à la bonne marche de l'entreprise et qui rentre dans ses attributions. (Cass. soc. 22 sept. 1993, Dechaume c/ Sté Rutler).
- de cette aide comptable qui refusait d'effectuer les tâches de classement de journaux grands livres..... (Cass. soc. 27 janv. 1993, Rocco c/ Sormae).

Le refus du salarié peut être considéré comme une faute grave s'il rend impossible la poursuite des relations de travail pendant la période de préavis. c'est le cas lorsque :

- une salariée refus à plusieurs reprises, malgré les injonctions de l'employeur d'exécuter un travail relevant de ses obligations et crée des incidents ayant perturbé la bonne marche de l'entreprise (Cass. soc. 2 juin 1993, Pennognon c/ Pouliquen) ;
- non seulement le salarié refuse d'exécuter un travail, mais insulte le supérieur hiérarchique qui lui en donne l'ordre, entravant ainsi sans justification la marche du service (Cass. soc. 8 oct. 1991, Lamrous c/ SA CIT Alcatel) ;

#### **\* Refus de travailler au delà de l'horaire normal**

Un salarié finit son travail normalement à 17 h. Un travail urgent est à terminer. L'employeur exige qu'il travaille au delà de son horaire normal. Le salarié refuse. Peut-on y voir un juste motif de licenciement?

C'est possible. Dans une affaire similaire, la Cour de cassation a censuré la décision des juges qui avaient conclu à un licenciement abusif : le juges auraient du vérifier si, en demandant au salarié de rester un peu après l'heure normale de travail pour terminer le déchargement du camion, l'employeur n'avait fait qu'user de son droit

(cass.soc. 7 juil. 1982).

D'une manière générale, le refus d'accomplir une tâche après l'horaire normal de travail constituera une faute justifiant un licenciement dans la mesure où la tâche est normale et entre normalement dans les attributions du salarié. (Soc 2 fév 1994 : licenciement justifié d'un salarié ayant refusé de faire des heures supplémentaires, au delà de 39 heures pour effectuer des travaux urgents dans l'intérêt de l'entreprise).

#### **\* Refus de travailler un samedi**

En raison d'une nécessité particulière, l'employeur peut-il exceptionnellement exiger la présence du salarié un jour habituellement non travaillé dans l'entreprise ?

La Cour de cassation l'a effectivement admis à plusieurs reprises. Le salarié qui refuserait commettrait une faute justifiant son licenciement. (Cass. soc. 27 nov. 1991, Ferrand c/ sté Librairie Larousse : en l'espèce, il devait assurer la mise en service du service informatique à la suite de l'achat d'un nouvel ordinateur. Le salarié invoquait le fait qu'il n'avait pas eu le temps d'organiser la garde de son enfant malade. (dans le même sens Cass. soc. 4 déc. 1990, Soyer c/ Cebal).

#### **\* Les critiques portées par un salarié**

Les propos critiques, voire irrévérencieux, tenus par un salarié, particulièrement un cadre, sur l'entreprise ou sur la personne même de l'employeur ne constituent pas systématiquement des motifs de licenciement.

Ainsi, n'est pas justifié le licenciement d'un cadre qui avait qualifié de "bande de guignols" le comité de direction et traité son directeur général de "Bouglione" : le caractère de ce cadre, au service de la société depuis 12 ans était connu des dirigeants et les propos n'avaient pas été divulgués dans l'entreprise (Cass. soc. 21 janv. 1992, sté Sodicom c/ Vincent). Il n'y avait donc pas atteinte à l'autorité de l'employeur.

N'est pas non plus justifié le licenciement du directeur d'une coopérative pour avoir adopté une attitude d'entrave à la nouvelle politique des dirigeants sociaux et déclaré

que "le conseil d'administration était composé de c..., que son président était aussi c... que grand et que les administrateurs étaient des imbéciles et des incapables". Les juges ont considéré qu'il avait seulement traduit ses réserves en termes énergiques (Cass. soc. 12 mars 1992, coopérative laitière du Mont Rivel c/ Damidaux.)

En tout état de cause, ce qui est tolérable dans l'intimité de l'entreprise ne l'est plus lorsque les propos sont tenus à l'extérieur, à des tiers, des clients ou des fournisseurs. Les critiques justifient alors un licenciement et peuvent même constituer une faute grave.

La faute grave fut retenue à l'encontre

- du salarié qui tenait des propos alarmistes sur la situation financière de l'entreprise et dénigrait systématiquement les produits qu'elle était chargée de promouvoir (Cass. soc 24 janv. 1991, Papon c/ Les parfums Daniel Aubusson)

- d'une chef comptable qui avait adressé à l'expert comptable de la société une lettre portant atteinte en des termes offensants à l'intégrité de son employeur et ridiculisant le comportement de celui-ci (Cass. soc. 7 mars 1995, Pastorelli c/ Sté Turpin).

De manière générale, lorsqu'un salarié met en cause auprès de tiers, clients, partenaires, concurrents, la compétence de son employeur ou la qualité du travail produit, la critique devient dénigrement.

Cela constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement,

- ainsi est justifié le licenciement d'une vendeuse qui dénigrait la gestion et la direction de l'entreprise (Cass. soc. 23 avril 1992, Ramboz c/ Antilles Optique de précision)

Lorsque le dénigrement est effectué par un cadre, cela constitue plus facilement une faute grave (Cass. Soc 21 jvv. 1992, licenciement pour faute grave du directeur du développement qui dénigrait la direction vis-à-vis des tiers).

Mais jugé que l'obligation de loyauté envers l'employeur n'empêche pas d'avoir ses propres opinions qui diffèrent parfois des siennes. Le tout est de les exprimer sans abus. Le fait pour un employeur d'obliger un salarié à émettre une opinion ou à prendre position publiquement est une atteinte à sa liberté d'expression. Dans un tel cas, le fait pour un salarié de refuser d'obtempérer ne peut être considéré comme fautif (Cass.soc. 26 oct. 2005, à propos du projet de reprise d'un club de foot : le nouveau président avait exigé du manager un communiqué de presse dans lequel ce dernier affirmait son soutien aux nouveaux dirigeants).

En outre, la dénonciation de propos racistes par exemple ne saurait en aucun cas être assimilée à une diffamation. Un salarié ne peut être sanctionné pour avoir porté des accusations sans preuve, dès lors qu'il a agi dans le cadre de ses fonctions de bonne foi. (Cass.soc. 8 nov. 2006, n° 05-41504).

### **\* injures**

Un comportement incorrect vis-à-vis de l'employeur ou du supérieur hiérarchique en présence d'autres salariés de l'entreprise ou de clients justifie le licenciement et peut même entraîner la perte des indemnités de rupture.

- Licenciement justifié d'un salarié dont les paroles injurieuses ont été prononcées à haute et intelligible voix et entendues par des tiers, en l'occurrence le délégué du personnel de l'entreprise (Cass. soc. 7 mars 1984, Gardies c/ SARL manufacture salonnaise de vêtements) ;

Une faute grave a été retenue à l'encontre:

- d'un ouvrier ayant gravement insulté le directeur général devant l'ensemble du personnel (cass. soc. 27 juin 1991) ;

- d'un salarié qui a eu un comportement particulièrement outrageant envers son supérieur hiérarchique (Cass. soc. 19 juin 1991, Macaire c/ Sté Les Laboratoires Fisons)

Il en est de même a fortiori lorsque les insultes s'accompagnent de violences

- Ainsi, les insultes d'un mécanicien-tôler envers un supérieur hiérarchique, assorties de violences sur le matériel, constituent une faute grave. De plus ce salarié était déjà l'auteur de violences deux mois auparavant.(Cass. soc. 6 déc. 1990, Aumont c/ Sté com. Citroën).

Mais le milieu professionnel, les termes qui y sont habituellement utilisés ou encore le contexte de la discussion dans lequel ont été proférées les injures, sont susceptibles d'atténuer la faute ainsi commise.

- traiter son employeur de "pauvre c..." et de SS justifie le licenciement mais ce n'est pas une faute grave dans la mesure où ces paroles traduisent, non pas une manifestation systématique d'insubordination, mais l'opposition momentanée d'une personne irritable (Cass. soc. 10 nov 1987, Plasdox c/ Gaillot).

De même sont de nature à atténuer la gravité de la faute, sans pour autant ôter au licenciement son caractère réel et sérieux :

- le déséquilibre nerveux dont souffrait le salarié (Cass. soc. 15 nov. 1990, Sté SPAD c/ Litier) ;

- les 20 ans d'ancienneté d'un salarié et les relations familières avec son employeur, que le milieu professionnel des intéressés (Cass. soc. 16 fév. 1987, Blattes c/ Et. Trouillet)

- la colère en réaction à une sanction prononcée contre un collègue (Cass. soc. 22 janv. 1991, Sté Caron et Dodon c/ Vandenbossche).

- l'exaspération du salarié (Cass. soc. 18 oct. 1990, G.I.E. Unidécor c/ Faure)- l'attitude grossière et provocatrice du supérieur hiérarchique (Cass. soc. 6 juil. 1994, Sté ICE France c/ Rif).

Dans un contexte émotionnel, la tenue de propos injurieux envers l'employeur ne constituera ni faute grave ni cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il en est ainsi par ex lorsque les paroles injurieuses ont été prononcées :

- au cours de l'entretien préalable de licenciement, alors que la mesure que l'employeur envisageait de prendre, pour absentéisme, était injustifiée. Il s'agit d'une réaction émotionnelle d'indignation (cass. Soc. 21 juin 1994, SA Lemoine et Cie Sadak).

- par un salarié ancien au cours d'un entretien ayant pour objet d'étudier les possibilités de son reclassement en raison de son inaptitude partielle consécutive à un accident du travail, et en réponse à une réponse de l'employeur de réduire l'indice et l'ancienneté du salarié (Cass. soc. 3 mai 1994, SARL Daher c/ Ducasse).

### **\* indélicatesse**

établissement de faux documents

- En établissant des faux rapports d'activité mentionnant des visites aux clients non effectuées, un salarié commet une faute justifiant son licenciement. Il en est ainsi a fortiori lorsque le salarié porte sur sa note de frais un kilométrage non effectué. Il s'agit là de fautes suffisamment graves pour le priver de ses indemnités et justifier une rupture immédiate. (Cass. soc. 19 janv. 1989, Cogne cL Sté Les fromageries Perrault).

- Constitue également une faute grave, le fait pour un salarié de se faire consentir des avantages personnels à l'occasion de commandes passées avec les fournisseurs (Cass. soc. 4 oct. 1995, Galli c/ sté Vétrotex St Gobain).

- Constitue une faute grave le fait d'établir de faux documents : le fait pour un cadre de banque de contrefaire la signature de son beau père afin de virer de l'argent sur son propre compte (Cass. soc. 24 nov. 1988, Mealin c/ Banque française commerciale).

### **\* utilisation du matériel pour son propre compte**

- Licenciement justifié du chef du personnel surpris à effectuer son courrier personnel pendant ses heures de travail et à l'affranchir avec la machine de l'entreprise (Cass.

soc. 6 mars 1985, D.c/ Interroll).

- Commet une faute grave le salarié qui fait un usage continu et journalier du téléphone de l'entreprise à des fins privées (Cass. soc. 11 juil. 1995, Ferry c/ SA Est Cheminée Center).

**\* activité à des fins personnelles.**

Constitue une faute grave le fait pour un gardien de nuit de dormir à son poste de travail, cet incident ayant déjà fait l'objet d'un avertissement (Cass. soc. 10 mars 1993, Sté ACDS prévention routière c/ Dron).

**\* violence**

Si la violence a eu lieu dans l'entreprise, elle est généralement constitutive d'une faute grave.

Une faute grave a été retenue à l'encontre :

- du salarié qui pose un cutter sur le cou d'une de ses collègues de bureau. Son comportement était tellement agressif que certains de ses collègues s'étaient munis de bombes de défense (Cass. Soc. 13 juil. 1993).

- d'un salarié qui frappe un apprenti (Cass. soc. 9 juil. 1991, Gallinelli c. Entrep. Gaspari)
- d'une salarié qui donne un coup de règle à son supérieur hiérarchique direct (Cass.soc. 1<sup>er</sup> février 2005).

Si les violences ont eu lieu en dehors du temps et du lieu de travail, elles ne justifient pas le licenciement :

- au cours du repas de clôture d'un tournoi de football organisé par l'entreprise, un manutentionnaire a eu vive altercation avec un autre. Il est licencié sans indemnités. A tort, les faits reprochés s'étaient passé pendant une période de repos, alors que le salarié n'était ni sous le contrôle, ni sous l'autorité de son employeur (Cass. Soc. 21 mars 1991, SA Calberson c/ Rosi).



En revanche, les violences survenues dans des circonstances qui ne sont pas étrangères au contrat de travail sont susceptibles de constituer une faute grave (au cours d'un dîner d'affaire par ex).

## **2 - la cause sérieuse non fautive**

En dehors de tout comportement fautif, le comportement ou plus généralement la situation personnelle du travailleur peut constituer une gêne importante pour le bon fonctionnement de l'entreprise et justifier de ce fait le licenciement : les absences dues à la maladie, l'inaptitude physique, l'insuffisance professionnelle.

En revanche, le comportement du salarié dans sa vie privée ne peut pas, sauf exception, constituer une cause sérieuse de licenciement

### **\* l'insuffisance professionnelle, l'insuffisance de résultat**

L'insuffisance professionnelle (soc 4 oct 1994 et soc 20 nov 1996), l'absence d'efficacité sont en principe des causes réelles et sérieuses de licenciement mais l'insuffisance professionnelle ne constitue pas en soi une faute grave (Cass.soc. 9 mai 2000, D.2000, IR, 162).

Il en est de même de l'insuffisance de résultats. L'insuffisance de résultats, au regard des objectifs fixés ne constitue pas en soi une cause de rupture. Il appartient aux juges du fond de vérifier si les objectifs sont raisonnables et compatibles avec le marché (soc, 30 mars 1999, D. 1999, IR 115). Si tel est le cas, le licenciement est justifié (Cass. Soc. 15 mars 2005, à propos d'un responsable de marché dans une société internationale qui avait été négligent dans l'exécution de ses obligations et qui n'avait pas atteint ses objectifs).

En revanche, l'employeur ne peut invoquer les insuffisances du salarié dont il connaissait les capacités limitées.

N'est pas justifié licenciement d'un :

- salarié dont l'employeur connaissait le faible niveau de qualification et l'absence d'expérience (Cass. soc; 10 oct. 1991, SA Cornet Precheur c/ Nicolet ;
- salarié qui n'avait fait l'objet d'aucun reproche et avait même bénéficié d'une augmentation de salaire deux mois avant d'être licencié, ce qui laissait présumer la satisfaction de l'employeur (Cass. soc. 21 fev. 1991, Sté Dewas c/ Zaoui) ;
- de même lorsque la situation invoquée par l'employeur pour justifier le licenciement résulte de son propre fait et des entraves apportées à l'activité du salarié (Cass. soc. 13 mai 1992, Centre commercial Afer c/ Hubert).

Si l'insuffisance professionnelle est de nature, bien souvent, à justifier un licenciement, en revanche, elle n'autorise pas la rupture anticipée du CDD ; le fait qu'un salarié sous CDD n'effectue aucun travail sérieux, ne donne pas satisfaction, ne constitue pas une faute grave, de nature à mettre un terme au contrat avant l'échéance (Cass. soc. 2 avril 1992, Entreprise Serco Renovation c/ Ducourneau).

### **En ce qui concerne les difficultés d'adaptation à un nouveau matériel.**

Depuis un arrêt Expovit du 25 fév 1992; la cour de Cassation fait peser sur l'employeur "un devoir d'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi".

L'employeur doit proposer une formation adéquate et un temps de formation correct aux salariés afin de leur permettre de faire face à de nouvelles techniques de production ; il doit aussi leur laisser un laps de temps suffisant pour s'adapter à un nouveau matériel ou à de nouvelles fonctions.

On ne peut faire grief à un salarié de ne pas bien se servir d'un matériel nouvellement

installé lorsqu'on ne lui a pas donné une information suffisante. Dans ces conditions, le licenciement en raison d'une inadaptation à un nouveau matériel est sans cause réelle et sérieuse.

- Licenciement sans cause réelle et sérieuse d'une secrétaire licenciée pour avoir commis des erreurs de mise en oeuvre du système informatique nouvellement installé: les erreurs reprochées à la salariée résultaient du fait que l'employeur avait refusé tout essai préalable sérieux et que les conseils prodigués par un vendeur, même très compétent, ne pouvaient suppléer ce manque d'information techniques préalables à l'utilisation d'un tel matériel (Cass. soc. 6 juil. 1993, Sté Arts et Style c/ Louette).

L'âge du salarié ne dispense pas l'employeur de former à la nouvelle technologie introduite dans l'entreprise.

- une cie aérienne licencie un de ses pilotes au motif qu'elle remplace ses appareils et que le coût de la formation nécessaire aurait été trop élevé. Le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

- **la vie privée du salarié**

En principe, ce que fait un salarié dans le cadre de sa vie privée, hors de son temps de travail, ne regarde pas l'employeur.

- licenciement sans cause réelle et sérieuse d'une salariée travaillant chez Renault à qui l'on reproche d'avoir acheté un véhicule Peugeot. Dans sa vie privée, la salariée est libre d'acheter les biens, produits et marchandises de son choix. Le simple achat d'un véhicule, sans qu'il y ait le moindre trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé ne constitue donc pas une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc. 22 janv. 1992, Rossard c/ SA Robuchon).

- licenciement injustifié d'un employé de banque licencié pour avoir émis des chèques sans provision en tant que président d'une association de radio locale. Pour débouter le salarié de sa demande en D.I les juges avaient relevé que le fait, pour un cadre de

banque, d'émettre des chèques sans provision dénotait un comportement incompatible avec son activité professionnelle. Décision censurée : les motifs allégués étaient tirés de la vie privée du salarié et la banque n'avait relevé aucun trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement incriminé du salarié; (Cass. soc. 30 juin 1992, Mouche c/ Crédit industriel de l'Ouest).

Il en va tout autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Ainsi, est justifié le licenciement d'un chauffeur de poids lourds dont le permis a été retiré pour conduite en état d'ivresse (Cass.soc. 2 déc. 2003, n° 01.43-227).

Est justifié le licenciement d'un agent de surveillance, employé dans une entreprise de gardiennage, qui commet un vol à l'étalage ; un tel comportement justifie le licenciement sans préavis. (Cass. soc. 20 nov. 1991, Leger c/ sté SPS).

Enfin, le fait pour un salarié d'avoir une liaison avec un collègue ne justifie pas un licenciement. (Cass. soc. 5 mars 1987, SARL Beromet c/ B et Cass. soc. 20 oct. 1976).).

En revanche, la liaison incriminée, si elle est nuisible à la bonne marche de l'entreprise ou est incompatible avec les bonnes moeurs, justifie un licenciement pour faute grave.

Une faute grave a ainsi été relevée à l'encontre

- d'un ouvrier qui non seulement entretenait une liaison avec la femme de son patron pendant les heures de travail mais relatait son inconduite dans les lieux publics afin de jeter le discrédit sur l'entreprise (Cass. soc. 12 juil.1990, Chauvière c/ P.).

- d'un salarié qui poursuivait de ses assiduités la secrétaire de l'entreprise en lui faisant des scènes de surcroît (Cass. soc. 10 nov. 1987, C. c. Sté La protection Armoricaïne).

- licenciement justifié d'un salarié qui a une relation avec la fille de son supérieur hiérarchique, une mineur de 14 ans (Cass. soc. 21 fév. 1990, L. c/ Bouygues).
- licenciement justifié d'un salarié qui gifle sa compagne, salariée de la même entreprise, à proximité immédiate de l'entreprise (Cass. soc. 1er avr. 1992, Oberle c/ SAIC Velcorex).

Enfin, la Cour de Cassation décide que, sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels, contenus sur le disque dur de son ordinateur mis à sa disposition, qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dument appelé (Cass.soc. 17 mai 2005, n° 03-40-017).

La chambre sociale a rendu le 25 janvier 2006 un arrêt relatif à la prise en compte de la vie personnelle du salarié dans sa vie professionnelle : employée de banque le jour, la salariée était braqueuse la nuit. À première vue, cette décision ne constitue qu'une espèce de plus dans un domaine pittoresque marqué par un certain pointillisme jurisprudentiel. Pourtant cette décision a suscité l'interrogation de certains de ses premiers commentateurs (1) sur les conséquences qu'il convenait d'en tirer relativement à la position de la Cour de cassation sur deux questions essentielles : les cas de rattachement de la vie personnelle à la vie professionnelle et le caractère éventuellement non disciplinaire du licenciement.

Les faits remontaient à la fin de l'année 1995. M<sup>me</sup> D., qui occupait les fonctions d'agent commercial au sein de l'agence locale d'une grande banque, est mise en examen et fait l'objet d'une détention provisoire qui va durer sept semaines. La presse locale s'en fait l'écho en énonçant dès le début de sa détention qu'elle est impliquée dans « un gang de vols de voiture ». Il s'avère en effet que des véhicules volés, des pièces d'identité falsifiées et des armes à feu ont été découverts à son domicile. Ces faits entraîneront un jugement correctionnel de condamnation devenu définitif. Mais, dans l'intervalle, la salariée a été licenciée pour faute grave.

Elle conteste ce licenciement devant le conseil de prud'hommes de Montauban, qui

lui donne raison par un jugement du 18 février 1999.

L'employeur interjette appel devant la cour de Toulouse. Dans sa décision du 19 mai 2000, la cour d'appel considère que le comportement de la salariée avait créé un trouble caractérisé à l'entreprise. Elle souligne que, compte tenu de l'activité de la banque, la salariée était tenue à une obligation de probité particulièrement forte. Un pourvoi est formé contre cette décision.

Fidèle à son refus de donner aux infractions pénales commises en dehors du lieu de travail du salarié des conséquences dans sa vie professionnelle (2), la Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel par un arrêt du 18 juin 2002 (Cass. soc., 18 juin 2002, no 00-44.111 ; Ph. Waquet, « Petite chronique de droit disciplinaire », Dr. soc. 2002, p. 864).

Au visa de l'article L. 122-40 du Code du travail, elle énonce que « *le licenciement prononcé pour faute grave avait un caractère disciplinaire et que les faits imputés à la salariée relevaient de sa vie personnelle et ne pouvaient constituer une faute* ».

Pourtant, par un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2004, la cour d'appel de Bordeaux maintient l'analyse de la cour de Toulouse : la salariée a bien commis une faute grave. Cette résistance de la juridiction du fond incite sans doute la salariée à se pourvoir une nouvelle fois en cassation. Quelle n'a pas dû être sa surprise de constater que, dans son arrêt du 25 janvier 2006, la Cour de cassation se range finalement aux arguments de la cour d'appel ! La cour rappelle d'abord que « *si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie personnelle, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* ».

Elle considère ensuite que « *la cour d'appel, qui a relevé que la salariée, cadre commercial dans une banque et tenue, à ce titre, d'une obligation particulière de probité, à laquelle elle avait manqué en étant poursuivie pour des délits reconnus d'atteinte à la propriété d'autrui, a pu décider que ces faits, qui avaient créé un trouble*

*caractérisé au sein de l'établissement, rendaient impossible la poursuite du contrat de travail même pendant la durée limitée du préavis et constituaient une faute grave »* (Cass. soc., 25 janv. 2006, no 04-44.918).

## **§ 2 - La preuve de la cause réelle et sérieuse**

La cause réelle et sérieuse a une importance capitale en droit du licenciement mais qui doit prouver quoi ?

En droit du travail, nul n'ignore que le salarié demandeur à l'instance aura toutes les peines du monde à produire des documents (appartenant à l'employeur) ou à faire témoigner ses collègues qui travaillent encore dans l'entreprise.

Contrairement au droit commun, où la charge de la preuve appartient au demandeur, la loi du 13 juillet 1973 a donc décidé, non pas de renverser la charge de la preuve et de la faire peser sur l'employeur, mais de confier, comme en droit pénal, la recherche de la vérité au juge.

L'article L. 122-14-3 du Code du travail énonce qu' *« En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. »*

L'employeur explique donc la ou les raisons du licenciement, le salarié cherchant à montrer qu'il n'en est rien : dans certains cas, le juge nommera un expert ou se rendra sur place pour vérifier les dires de chacun, puis se prononcera lors de l'audience.

Mais dans le cas où aucune des parties ne l'aura convaincu qui croire? Jusqu'en 1989, la jurisprudence décidait qu'en apparence, les motifs invoqués par l'employeur étaient réels et sérieux tant que le salarié n'avait pas rapporté la preuve contraire. Depuis 1989, s'il y a un doute, il profite au salarié (art. L. 122-14-3, 2ème alinéa).

Désormais, si le juge a un doute sur le caractère réel et sérieux invoqué par le chef d'entreprise, il devra déclarer le licenciement non fondé avec les lourdes conséquences indemnitaires qui en découlent pour l'employeur.

En revanche, la preuve de la faute grave pèse entièrement sur l'employeur. Puisqu'il s'estime dispensé de verser l'indemnité de préavis et de licenciement, à lui d'en faire la preuve.

### **§ 3 - La sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse**

Les salariés victimes d'un licenciement ne peuvent pas tous invoquer les mêmes droits en justice

#### **A - Salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou faisant partie d'une entreprise occupant moins de 11 salariés (conditions alternatives).**

Les salariés qui travaillent dans des entreprises occupant moins de 11 salariés ou qui ont moins de 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise ont droit à une indemnité calculée en fonction du préjudice réel que leur a causé le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il appartient au juge du fond d'apprécier l'étendue du préjudice.

En effet, par application de l'art. L. 122-14-5, les salariés ne peuvent invoquer l'application de l'article L. 122-14-4 sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à l'assistance du salarié par un conseiller.

La jurisprudence, après avoir sanctionné cette inobservation par l'attribution de dommages et intérêts équivalents à six mois de salaire décide désormais que le non respect de l'assistance du salarié doit être sanctionné par une indemnité appréciée par le juge mais qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (Cass.soc. 5 fév. 2003).

L'indemnité pour inobservation de la procédure (1 mois maximum) se cumule ici, le cas



échéant, avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse appréciée en fonction du préjudice subi.

Attention, l'inobservation de certaines règles régissant la procédure de licenciement a pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse, auquel cas, le licenciement ouvre droit, pour le salarié, non à une indemnité pour inobservation de la procédure mais à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il en est ainsi en cas :

- d'absence d'énonciation des motifs ou d'insuffisance des motifs de licenciement énoncés dans la lettre de licenciement (Cass.ass.plén. 27 nov. 1998, n° 96..40.199).
- de notification d'un licenciement disciplinaire plus d'un mois après l'entretien préalable (Cass.soc. 7 juil. 1998, n° 96.40487).
- d'inobservation par l'employeur de la procédure conventionnelle ou statutaire de licenciement (Cass.soc. 23 mars 1999, n° 97.40.412).

## **B –Salariés ayant 2 ans d'ancienneté ou plus dans une entreprise occupant au moins 11 salariés (condition cumulative).**

Lorsque l'article L. 122-14-4 est applicable, l'employeur encourt 3 sanctions. Elles ne seront en réalité jamais prononcées toutes les trois.

### **1°) La réintégration**

**En vertu de l'article L. 122-14-4, le tribunal peut proposer la réintégration.**

La prudence du législateur est extrême. Non seulement le Conseil des Prud'hommes n'est pas forcé de la proposer si elle lui semble impensable, mais il ne peut à l'évidence l'ordonner, comme il pourrait le faire s'agissant d'un licenciement nul.

Tout au plus peut-il la proposer à l'employeur, puis au salarié, chacun ayant le droit de

la refuser.

Le chef d'entreprise, bien qu'incité à la faire car il ne verserait pas alors l'indemnité de 6 mois minimum et ne rembourserait pas l'ASSEDIC, n'est pratiquement jamais favorable à la réintégration.

Quant au salarié, surtout s'il est jeune, il sait qu'il pourra retrouver du travail et ne souhaite guère retravailler dans l'atmosphère peu propice à son épanouissement.

Le taux de réintégration est marginal, car si une solution amiable avait pu être trouvée, elle, elle l'aurait été depuis bien longtemps.

## **2°) L'indemnité minimale de 6 mois de salaire**

A défaut de réintégration, le salarié a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure « aux salaires des 6 derniers mois ». Il s'agit de la rémunération brute dont bénéficiait le salarié pendant les six derniers mois précédant la rupture du contrat de travail (Cass.soc. 22 juin 1993).

Ce chiffre est donc un plancher que le juge doit respecter, même si le préjudice réel subi est très inférieur. Ainsi, le salarié qui a retrouvé du travail dès le lendemain devra percevoir ce minimum légal qui s'impose au juge.

Ce montant de 6 mois, inchangé depuis 1973, correspondait à l'époque à une forte sanction, équivalente à la durée probable du chômage. Il n'en est plus de même aujourd'hui puisque cette durée moyenne est supérieure à un an.

La loi ne prévoit pas en revanche de plafond si le salarié prouve qu'il a subi un préjudice supérieur : ainsi, un salarié de 52 ans, licencié sans cause réelle et sérieuse, et qui prouve, documents et lettres de candidatures à l'appui, qu'il ne pourra désormais retravailler dans des conditions normales, pourra obtenir une indemnité supérieure.

Ici, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se cumule pas avec l'indemnité pour inobservation de la procédure car les juges considèrent que l'indemnité allouée répare l'intégralité du préjudice (Cass.soc. 20 janv. 1998, n° 95-42.441).

### **3) Condamnation de l'employeur au remboursement des allocations de chômage**

Cette 3ème sanction, prévue par l'art. L. 122-14-4 n'intéresse qu'indirectement le salarié licencié. Il permet au tribunal d'ordonner le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés des indemnités de chômage versées au salarié entre le jour de son licenciement et le jour du jugement, dans la limite de 6 mois maximum.

La loi précise que ce remboursement est ordonné d'office par le tribunal dans le cas où les organismes concernés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

### **C - régime dérogatoire de la nullité**

La nullité n'a de sens que si elle efface l'acte illicite. La nullité d'un licenciement doit donc, en principe, donner lieu à réintégration du salarié dans l'entreprise.

La nullité réintégration a pourtant été longtemps rejetée, en raison du caractère personnel de la relation de travail, particulièrement dans les petites et moyennes entreprises.

Elle a fini par être admise en cas de licenciement des représentants du personnel. (Cass.soc 14 juin 1972).

En 1985, le législateur a dû préciser qu'un licenciement prononcé en violation du droit de grève est "nul de plein droit". Cette volonté législative protectrice du gréviste a été suivie par la jurisprudence qui a fini par imposer la réintégration de ce dernier ( Cass. Soc. 26 sep 1990 ; 25 oct 1990).

La nullité-réintégration gagne aujourd'hui du terrain. Ainsi a-t-elle été admise en matière

de licenciement économique lorsque le plan social est frappé de nullité. (Cass.soc 30 mars 1999 Berthelin). Elle est désormais consacrée par le législateur à l'art L. 122-14-4.

Un autre bastion de résistance s'est effondré. On sait que le Code du travail prévoit la nullité du licenciement en cas de violation des principes de non discrimination énoncés à l'article L. 122-45.

L'alinéa 1er de l'art. L. 122-45 énumère les différentes hypothèses de non-discrimination : origine, moeurs, activité syndicales. L'état de santé a été ajouté à la liste. Conçu à l'origine pour lutter contre les discriminations liées à la séropositivité, la jurisprudence en fait une application particulièrement extensive : ainsi est nul le licenciement qui est en rapport avec l'état de santé, dès lors que l'employeur n'a pas fait constater l'inaptitude par le médecin du travail .

Jusqu'à présent, la violation de l'article L. 122-45 était sanctionnée par le versement au salarié de dommages et intérêts.

Puis la jurisprudence a évolué sur ce point. Ainsi, dans une décision du 17 mars 1999 (Juhel), la chambre sociale de la Cour de cassation ordonne, sur le fondement de l'article L. 122-45, la réintégration d'un salarié licencié en raison de son activité syndicale : "le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu". La réintégration peut être ordonnée par le juge du fond ou par le juge des référés.

On peut donc se demander aujourd'hui si tous les cas de nullité visés à l'article L 122-45 ne sont pas susceptibles de donner lieu à réintégration forcée.

La nullité de la rupture a également été prévue par le législateur pour protéger des salariés particulièrement fragilisés : il s'agit de la femme enceinte (art L 122-25-2) et du salarié victime d'un accident du travail. (Art L. 122-32-2).

Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à la réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent. La règle a désormais une portée générale. Il n'est pas nécessaire que le législateur ait expressément prévu la poursuite du contrat en cas de nullité.

Ainsi, la salariée licenciée pendant la période de grossesse a droit à la réintégration dans son emploi alors que l'article L. 122-25-2 ne le prévoit pas expressément. (Cass.soc. 30 avril 2003, n° 1381, Velmon c/association Groupe Promotrans).

Lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis, peu important les motifs de la rupture (Cass.soc. 30 mars 2005, n° 03.41.518).

### **L'indemnisation en cas de réintégration.**

En dehors des cas où une ordonnance de référé ordonne le maintien du contrat alors que le salarié est en cours de préavis, la réintégration du salarié dans son emploi ne fait pas disparaître l'intégralité du préjudice subi par celui-ci.

Le salarié a été privé de salaires pendant la période comprise entre la date ou le licenciement est devenu effectif et celle de sa réintégration. Les juges condamnent en conséquence l'employeur au paiement d'une « *somme correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration* ».

Mais le salarié, qui a toujours le droit de demander la réintégration dans son emploi lorsque son licenciement est nul, peut préférer ne pas exercer ce droit et demander l'attribution de dommages et intérêts.

## **Chapitre 2 : Les autres modes de rupture**

### **Section 1 : La démission**

Si le droit du licenciement occupe plusieurs pages du Code du travail, son symétrique apparent, la résiliation à l'initiative du salarié n'a droit qu'à trois maigres articles : L. 122-5, L 122-13 et L. 122-15, les deux derniers ne traitant que de la démission abusive ou du débauchage.

Or, statistiquement, ce sont plusieurs dizaines de milliers de salariés qui, chaque année, reprennent leur liberté pour accepter quelques jours plus tard une nouvelle subordination, puisque le principal motif de démission est d'avoir trouvé un emploi.

Mais il est loin d'être le seul : mutation du conjoint, carrière compromise ou désintérêt pour l'entreprise actuelle, constituent aussi des motifs courants.

En termes de ressources humaines, le taux de démission est examiné avec beaucoup d'attention dans les entreprises : un taux proche de 0 (banque, assurance) ne signifie pas forcément que l'on s'épanouit dans l'entreprise. La stabilité confortable est parfois peu propice aux prises de risque.

A l'inverse, une mobilité extrêmement forte (4 à 10 % dans les grands magasins) pose un problème d'identité à l'entreprise qui n'arrive pas à garder ses meilleurs éléments. Non seulement les plus mauvais ne démissionnent jamais mais les meilleurs rejoignent souvent la concurrence.

Par rapport au licenciement, la démission présente juridiquement quelques avantages pour le salarié et de nombreux inconvénients.

Avantages : le salarié n'a aucun motif à invoquer, aucune procédure longue ou complexe à respecter, sinon l'envoi d'une lettre, si la convention collective le prévoit. L'employeur ne peut s'opposer à une démission, même si elle intervient à une période cruciale pour lui.

Quelles que soient les circonstances, il doit aussi verser l'indemnité de congés payés que le salarié a acquise.

Inconvénients : auteur de la rupture, le salarié doit un délai congé à l'entreprise et ne touche à l'évidence aucune indemnité de licenciement.

Mais surtout, il ne sera pas pris en charge par le système de l'assurance chômage : celui-ci n'indemnise que les salariés "involontairement privés d'emploi".

Il y a cependant des exceptions :

- si le concubin du salarié change de résidence pour exercer un nouvel emploi et que le salarié démissionne pour le suivre par exemple.

La Cour de cassation est attentive à ce que l'employeur qui cherche pour des raisons évidentes à éviter tout licenciement ne provoque pas la démission du salarié : elle exige de la part de celui-ci "une volonté sérieuse et sans équivoque de démissionner". (§ 1)

Le salarié doit par ailleurs respecter le délai congé d'usage ou conventionnel. (§ 2).

Il ne peut abuser du droit dont il dispose (§ 3), l'employeur pour sa part étant de plus en plus attiré, pour des raisons juridiques ou d'image par la démission négociée (§ 4).

### **§ 1 - Une volonté sérieuse et sans équivoque de démissionner**

Au fur et à mesure que le droit du licenciement se complexifiait, les juges ont été amenés à connaître de plus en plus de cas de rupture dues à des absence non justifiée, des retours tardifs de congés payés ; certains employeurs constataient alors la

démission, ce qui devait permettre d'éviter toute procédure, toute indemnisation et toute recherche de cause réelle et sérieuse de licenciement.

Mais les juges ont également cherché à protéger le salarié contre lui-même lorsqu'à la suite d'un différent avec son employeur, il quitte brusquement son poste de travail. Faut-il le considérer comme démissionnaire et lui faire perdre ses indemnités de rupture et les allocations de chômage ?

La Cour de cassation, en l'absence de textes légaux, exige, pour qu'il y ait résiliation imputable au salarié, que ce dernier manifeste une volonté sérieuse et sans équivoque de quitter définitivement son emploi.

### **A - Vontonté sérieuse**

La démission peut être écrite ou orale.

#### 1 - Démission écrite

Une lettre manuscrite, datée et signée par le salarié, rédigée en dehors de l'entreprise, témoigne à l'évidence d'une volonté sérieuse de démissionner si elle n'est pas remise en cause dans les jours qui suivent.

Mais lorsque la lettre de démission a été rédigée dans les locaux de l'entreprise, il y a des chances pour qu'elle dissimule un licenciement.

Il en est ainsi lorsque, à la suite d'une réprimande de l'employeur suivi d'une menace de démission, l'employeur prend au mot la salariée et lui demande de signer immédiatement un document faisant état de cette volonté. Plus tard, la salariée, estimant avoir été licenciée, réclamera et obtiendra une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : c'était sous le coup de la colère qu'elle avait signé la lettre présentée par l'employeur. Il n'en résultait pas une décision claire et non équivoque de démissionner (Cass. soc. 18 mars 1992, Benbattouche c/ Coiffure Dessange).



- A la suite de reproches de son employeur d'avoir consommé plusieurs articles sur place, une salariée donne sa démission : la lettre de démission avait été dictée par l'employeur sur le lieu de travail et ces conditions de précipitation n'avaient pas été l'expression sereine d'une libre volonté (Cass. soc. 26 mai 1993, Ménard c/ sté Rodial).

- une employée de libre-service écrit sa lettre de démission dans le bureau du directeur après une discussion et des pressions exercées sur elle, à la suite d'un désaccord avec son directeur à propos de la rédaction d'une fiche d'inventaire. Deux jours plus tard, elle fait part à son employeur de son désir de reprendre son travail, mais celui-ci refuse. L'employeur est condamné à verser à la salariée des indemnités liées à la rupture du contrat de travail et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : la volonté claire et non équivoque de démissionner n'était pas établie (Cass. soc. 26 mai 1993, Sté Lodiaf c/ Suvaric).

En revanche, lorsqu'une salariée donne sa démission, la confirme par écrit quelques jours plus tard puis constitue une société dont elle envisageait la création depuis le mois précédent, elle exprime une volonté non équivoque de démissionner et ne peut prétendre avoir été licenciée (Cass. soc. 11 oct. 1995, Baudouin c/ Union des jeunes Bragards).

Certaines conventions collectives prévoient que la démission ne peut être donnée que par lettre recommandée avec accusé de réception.

Dans tous les cas on ne saurait trop insister sur l'intérêt de notifier la démission par écrit afin d'éviter toute contestation ultérieure sur la date de la rupture et le point de départ du préavis.

### démission orale

Aucune forme particulière n'étant exigée, la démission orale est cependant valable. Ont ainsi été jugées valables les démissions données dans les circonstances suivantes :

- Employé dans une entreprise de construction, un maçon se présente à son travail en tenue de ville, déclare qu'il ne viendra plus travailler et qu'il démissionne. Sa volonté claire et non équivoque de démissionner était caractérisée (Cass. soc. 10 déc. 1992, Da Silva c/ Art Construction).

A l'inverse, un départ précipité suite à un incident ne montre pas que le salarié voulait réellement démissionner. Si aucune nouvelle ne parvient de l'entreprise pendant les semaines qui suivent, l'attitude du salarié montre une volonté sérieuse de ne plus travailler, mais cette attitude reste équivoque.

En pratique, les salariés bien conseillés envoient le lendemain de l'incident un certificat de maladie dont le but est triple : jeter le doute sur leur état psychique lors de l'incident, prouver qu'ils ne veulent pas démissionner, puisqu'ils avertissent l'employeur de leur absence dans les formes légales, enfin de pas perdre la face vis-à-vis des collègues. Au bout de 8 jours, l'incident sera clos.

## **B- Volonté non équivoque**

C'est ici la délicate question de l'absence prolongée, sans explication qui doit être abordée.

Hypothèse fréquente lors des retours de congés payés, après une modification des conditions de travail ou en cas de maladie ; pendant plusieurs semaines et malgré des appels téléphoniques et les lettres de rappel, l'employeur n'a plus aucune nouvelle du salarié. Ce dernier peut-il être considéré comme démissionnaire?

Si la Cour de Cassation n'exclut nullement que des sanctions, pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave, soient prises, elle n'accepte plus que ces longues absences sans motif soient constitutives d'une démission : "L'absence injustifiée du salarié, même de longue durée, ne peut caractériser une volonté non équivoque de démissionner."

Ainsi, en matière d'arrêt maladie, le salarié qui n'était pas reparu dans l'entreprise, sans donner aucune nouvelle six mois après la date prévue de reprise du travail malgré les lettres de rappel ne pouvait être considéré comme démissionnaire (Cass. soc. 7 avril 1993).

L'employeur ne peut plus prendre acte de la rupture et est obligé de prononcer un licenciement (Cass. soc 6 juil. 1994).

### **C - Comportement patronal et prise d'acte de la rupture**

La jurisprudence est très attentive lorsque la démission résulte en fait du comportement patronal, qui peut être gravement fautif.

Le salarié peut alors « prendre acte » de la rupture. La prise d'acte consomme la rupture (Cass.soc. 19 janv. 2005, n° 03.45.018). En prenant acte, le salarié se fait justice à lui-même et rompt le contrat.

On ne sait pas encore à qui la rupture sera imputée. Si la prise d'acte est justifiée, elle emportera les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. A défaut, elle produira les effets d'une démission (Cass. soc. 25 juin 2003, n° 01.42.335, 01.42.578 et 01.43.578).

Lorsque le salarié a pris acte de la rupture, celle-ci est consommée. Le juge n'a donc pas à tenir compte de la stratégie adoptée par la suite par l'employeur (soit qu'il licencie, soit qu'il considère le salarié comme démissionnaire). C'est au juge de rechercher si la prise d'acte doit être analysée comme une démission (Cass.soc. 19 janv. 2005, n° 2.41.113) ou un licenciement (Cass.soc. 19 janv. 2005, n° 03.45 018).

### **§ 2 - Respect du délai congé**

En cas de démission le salarié doit respecter un délai-congé ou préavis de démission,

afin de permettre à l'employeur de pourvoir à son remplacement. Cette règle est bien antérieure au droit du travail écrit.

Il y a lieu de noter que la démission est exclue en cas de CDD. La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 5 janvier 1999 (La Greca) que le CDD ne peut être rompu avant l'échéance du terme que pour faute grave ou force majeure. Ainsi le CDD ne peut-il être rompu de manière anticipée par une démission.

### **A - Durée du préavis**

L'art. L. 122-5 énonce : "Dans le cas de résiliation à l'initiative du salarié, l'existence et la durée du délai-congé résultent soit de la loi, soit de la convention ou accord collectif de travail.

En l'absence de dispositions légales, de convention ou accord collectif de travail relatif au délai-congé, cette existence et cette durée résultent des usages pratiqués dans la localité et la profession."

A part les journalistes et les VRP, la loi ne fixe aucune durée légale concernant le préavis de démission, contrairement à son homonyme concernant le licenciement.

Il convient donc de se reporter à la convention collective applicable à l'entreprise, ou à la branche : même si la durée fixée s'avère plus longue que les usages, c'est elle qui sera appliquée, conformément à la lettre de l'art. L. 122-5. (Cass. Soc. 7.2.1980).

En règle générale, les conventions collectives ont repris les usages antérieurs : environ une semaine pour les ouvriers, un mois pour les employés, trois mois pour les cadres.

En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, et faute de constater l'existence d'un tel usage dans la localité et la profession considérée, il n'y a pas de préavis à respecter (Cass. soc. 28 oct. 1992, Lebrevelec c/ Rest. Les Navigateurs).

Il n'est pas question d'appliquer par analogie une convention collective intéressant une

branche d'activité voisine ou une catégorie professionnelle similaire. La Cour de Cassation a censuré une décision des juges du fond qui en avaient décidé autrement (Cass. soc. 10 fév. 1993, Renoux c/ SARL Sotem).

Le contrat de travail peut-il pallier le silence des dispositions conventionnelles ou des usages ?

Bien que non envisagé par le code, le préavis contractuel connaissant avant 1989 une grande vogue : soucieuses de fidéliser leurs meilleurs éléments, des entreprises stipulaient lors de l'embauche -particulièrement pour les cadres- une durée de délai-congé extrêmement longue en cas de démission (6 à 8 mois).

Un arrêt du 16 juin 1988 a dû rappeler l'art. L. 135-2, relatif à l'ordre public social. : la norme la moins élevée dans la hiérarchie des normes (le contrat de travail) ne peut se révéler moins favorable au salarié que la norme supérieure (la convention collective). Cela ne signifie pas que le contrat de travail ne puisse contenir une clause de préavis de démission; mais il ne peut fixer qu'un préavis plus favorable, c'est à dire plus court que celui qui est indiqué dans loi, la convention collective ou les usages.

En outre, jugé que l'existence et la durée du délai-congé ne peuvent résulter du seul contrat de travail (Cass.soc 3 fév 1998 Cesar Palace c/ Cabrol).

Mais un salarié peut-il offrir d'effectuer un préavis plus long que celui auquel il est tenu ?

Un employeur ne peut se plaindre de ce que le salarié lui donne un préavis d'une durée supérieure à celle fixée par la convention collective (Cass. soc. 21 nov. 1984, Vanacker c/ SARL ZUP Ambulances et Cass. soc. 2 fév. 1993, Sté SMAC Aciéroid c/ Mercury).

## **B- Exécution du délai-congé**

Dû par le salarié, le délai-congé en cas de démission est exécuté dans les mêmes

conditions de travail que celles antérieures à la rupture.

La plupart du temps, si un salarié démissionne, c'est qu'il a déjà signé un nouveau contrat de travail avec un autre employeur. Si la nouvelle entreprise souhaite bénéficier de ses services rapidement, le salarié peut demander à son ancien employeur de le dispenser d'exécuter une partie de délai-congé.

Cela lui sera souvent accordé mais ne donnera lieu à aucune indemnité (en l'absence de travail).

Il ne s'agit en droit ni d'une dispense de préavis (classique mois payé) ni d'une privation de préavis, mais d'un accord amiable très courant en pratique, dans l'intérêt des deux parties.

En quittant immédiatement l'entreprise, le salarié commettrait une faute et l'employeur pourrait lui demander réparation du préjudice, dont il devrait démontrer l'existence et le montant, sauf si cette hypothèse est évoquée conventionnellement.

Un départ précipité peut ainsi donner lieu, au profit de l'entreprise, au versement d'une indemnité équivalente aux salaires restant à courir. L'indemnité est fonction du préjudice subi par l'employeur et peut être équivalente aux appointements correspondant à la durée du préavis (Cass.soc. 24 mai 2005.)

En tout état de cause, l'employeur ne pourra pas effectuer une compensation entre les salaires qu'il doit au salarié et une somme correspondant au préavis non effectué par exemple.

Cette compensation ne peut résulter que :

- d'un jugement : dans ce cas l'employeur doit saisir le tribunal (Cass. soc. 18 déc. 1990)
- ou d'un accord entre l'employeur et le salarié (Cass. soc. 24 mai 1978).

## Section 2 - La résolution judiciaire

La résolution judiciaire d'un contrat de travail à durée indéterminée consiste à saisir le juge pour qu'il ordonne la fin de la relation de travail.

Cela pose un certain nombre de questions, notamment du fait des interférences possibles avec le droit du licenciement.

L'intégration en droit du travail de la résiliation judiciaire du CDI résulte de deux textes. L'article L. 121-1 du C.t. introduit un principe général selon lequel "le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun".

Cela signifie qu'en l'absence de règles spéciales -les règles du droit du travail- les règles générales ont vocation à s'appliquer.

Concernant la rupture du CDI, le droit du travail régit le droit de la résiliation unilatérale par les règles du licenciement qui ont un caractère impératif.

Mais l'article L. 122-4 n'édicte qu'une faculté de résilier unilatéralement le contrat. En effet, l'article L.122-4 énonce que "le contrat de travail sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties". Il en résulte que la résiliation unilatérale n'est qu'une faculté non exclusive des autres modes de rupture du contrat de travail.

C'est d'ailleurs pourquoi la Cour de Cassation avait affirmé dans un arrêt du 31 janvier 1979 (BULL.civ. V, n) 93) "*si l'employeur qui rompt lui-même le contrat d'un salarié est tenu de respecter la procédure prévue par l'article L. 122-4 et svts, il a également la faculté, que ces textes n'excluent pas, de demander la résiliation judiciaire du contrat*".

Mais cette faculté n'a l'objet d'aucune réglementation particulière. Les conditions de

fond de la résiliation judiciaire doivent donc être recherchées dans le droit commun.

L'inexécution doit être réelle. Il ne peut s'agir de présomption d'inexécution. L'un des fondements de la résiliation judiciaire réside dans l'interdépendance des obligations.

C'est parce que l'une des deux parties a failli à son obligation que l'autre est autorisée à demander au juge d'en être déliée.

On s'est demandé dans un premier temps quel devait être le degré de la faute commise par le salarié. Devait-elle être grave ou sérieuse. La Chambre de cassation ne s'est tout d'abord pas placée sur le terrain du droit du travail, mais sur celui du droit civil.

En 1987, elle énonçait que *“l'action en résiliation d'un contrat de travail est recevable dès lors qu'elle est fondée sur l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si celle-ci ne présente pas le caractère d'une faute grave.”*

En 1990, elle se prononçait sur l'exigence d'une faute grave mais seulement à propos des contrats à durée déterminée. On sait en effet que ceux-ci ne peuvent être rompus de manière anticipée qu'en cas de faute grave ou de force majeure. La Cour de Cassation a donc subordonné dans l'arrêt Perrais du 20 mars 1990 la résiliation judiciaire du CDD à l'existence d'une faute grave.

Mais pour les CDI, la résiliation judiciaire pose deux problèmes essentiels quand elle est **demandée par l'employeur**. Dès lors que l'inexécution contractuelle doit être une faute du salarié, la question se pose de l'articulation avec les règles du licenciement.

Le droit du licenciement est assorti d'une procédure préalable qui permet au salarié de s'expliquer directement avec son employeur.

Dans le cadre de la résiliation judiciaire, le différent est complètement extériorisé, juridicisé.



En outre, s'agissant de la qualification de la faute, en 1979 la Cour de cassation avait ébauché une solution en énonçant que "l'action en résiliation d'un contrat de travail est recevable dès lors qu'elle est fondée sur l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si l'inexécution ne présente pas le caractère d'une faute grave, l'existence d'une telle faute ayant seulement pour effet de faire perdre au salarié, privé de son emploi, le droit aux indemnités légales ou conventionnelles dues lors du licenciement".

Ainsi avait-on décidé que la résolution pouvait intervenir pour une cause sérieuse. Cependant, les juges n'allaient pas au bout du raisonnement dans la mesure où la rupture n'était pas analysée techniquement comme un licenciement, ce qui épargnait à l'employeur le versement des indemnités de licenciement.

C'est cette possibilité qui a été remise en cause avec une jurisprudence de 1999  
Dans une décision du 9 mars 1999, la cour de cassation a eu à se prononcer sur une résolution judiciaire demandée par un salarié dans une circonstance un peu particulière (Cass.soc 9 mars 1999 Grignon).

Le salarié agricole avait été absent pour cause de maladie pendant 4 mois. Après avoir fait l'objet d'un avis d'aptitude à la reprise, il ne s'était pas présenté à son travail sans fournir d'explication à son employeur. Cinq mois plus tard, le salarié avait saisi le conseil des prud'hommes d'une demande de résolution judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Il réclamait le paiement de diverses indemnités.

La Cour d'appel avait bien prononcé la résolution judiciaire mais aux torts du salarié en raison de son absence, le comportement du salarié ayant été qualifié "d'inexécution d'une obligation essentielle du contrat".

L'arrêt est cassé. La Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé "qu'il appartenait à l'employeur, s'il estimait que le salarié ne respectait pas ses obligations, d'user de son pouvoir disciplinaire et de prononcer le licenciement de l'intéressé". A

défaut, le contrat était simplement suspendu, même si le salarié n'avait pas repris le travail ni avisé son employeur de son état de santé.

La formule signifie que depuis cette date, en présence d'une faute commise par le salarié, l'employeur n'a d'autre recours que le licenciement et ne peut saisir le juge d'une demande en résolution judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur.

Le principe avait déjà été énoncé pour les salariés protégés. Dans les arrêts Perrier du 21 juin 1974, le recours à la résolution judiciaire avait été bannie en raison de la "protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun dont ils bénéficient". La jurisprudence est d'ailleurs revenue sur cette solution. La voie de la résolution judiciaire leur est à nouveau ouverte (Cass.soc. 16 mars 2005, n° 03.40.251).

Mais c'est la première fois que la Cour de Cassation étendait la solution aux salariés ordinaires.

Cet arrêt est venu compléter un autre arrêt du 20 janvier 1998 (Leudière) par lequel la Cour de cassation a considéré que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En l'espèce, le salarié avait demandé la résolution judiciaire suite à une modification de sa rémunération. Il demandait à titre subsidiaire que l'on analyse la rupture en un licenciement ouvrant droit aux indemnités. Il avait effectivement obtenu des dommages et intérêts mais non le versement de l'indemnité de préavis et de licenciement. L'arrêt a été cassé au motif que la rupture du lien contractuel imputable à l'employeur produisait les effets d'un licenciement.

L'employeur a donc été condamné à verser au salarié l'indemnité de licenciement, et l'indemnité de préavis, l'outre des dommages et intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse.

A la suite de ces deux arrêts on pouvait se demander si la résolution judiciaire était toujours d'actualité. Dans l'arrêt du 20 janvier 1998, le juge s'était contenté de calquer les effets de la résolution judiciaire sur ceux du licenciement, sans interdire pour autant le recours à l'article 1184 du Code civil. Dans l'arrêt de 1999 c'est le principe même de la résolution judiciaire du contrat de travail qui est écarté.

C'est ce que confirme aujourd'hui la jurisprudence. Celle-ci prohibe comme irrecevable l'action en résiliation judiciaire, l'employeur ne pouvant se dispenser des garanties légales prévues par le droit du licenciement, (Cass. soc. 3 nov. 2005, n° 03-43.345).

Ainsi, désormais l'engagement par l'employeur d'une action en résiliation judiciaire d'un contrat de travail à durée indéterminée vaut licenciement : « l'employeur, qui dispose du droit de résilier unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée par la voie du licenciement, en en respectant les garanties légales, n'est pas recevable, hors les cas où la loi en dispose autrement, à demander la résiliation judiciaire dudit contrat ; l'exercice de l'action s'analyse en une manifestation de sa volonté de rompre le contrat de travail, valant licenciement ».

La résolution judiciaire présente certaines différences avec la prise d'acte. Alors que la prise d'acte non justifiée du salarié est considérée comme une démission, le juge débouterait simplement le salarié de sa demande de résolution judiciaire s'il l'estime non fondée, de sorte que la relation de travail sera maintenue.

Si l'employeur licencie un salarié après que celui-ci ait introduit une demande de résiliation judiciaire en raison de faits qu'il reproche à son employeur, et alors qu'il a continué à travailler à son service, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation judiciaire du contrat était justifiée ; c'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur (...) » (Cass.soc. 16 fév. 2005, n° 02-46.649).

### **Chapitre 3 : les conséquences de la rupture**

Il sera ici essentiellement question du licenciement.

A compter de la présentation de la lettre de notification du licenciement le salarié est licencié.

Mais il n'est pas encore au chômage. Bien avant que la loi de 1958 n'institue le préavis, les usages et les conventions collectives obligeaient le chef d'entreprise à respecter un certain délai avant de rendre la rupture effective.

De la même manière, le "délai congé" à la charge du salarié doit permettre à l'employeur de trouver un remplaçant.

Le salarié licencié va donc, sauf faute grave ou lourde, effectuer son préavis.

Il touchera son indemnité de licenciement ainsi que l'indemnité de congés payés.

L'employeur devra enfin délivrer au salarié divers documents.

#### **Section 1 - Le préavis (ou délai congé).**

Le préavis ou délai congé est la période pendant laquelle le contrat continue à produire ses effets bien que l'une des parties ait notifié à l'autre sa décision de rompre.

Il est donc dû, quel que soit l'auteur de la rupture et les parties ne peuvent y renoncer par avance (art. L 122-14-7, al 3 C.t.).

Il doit être observé pour toute rupture d'un CDI sauf

- faute grave
- faute lourde
- impossibilité d'exécuter le préavis.

Lié à la rupture du CDI, le "préavis pose en pratique beaucoup de problèmes car le salarié est déjà licencié et il sait, quoi qu'il arrive, car il s'agit d'un délai préfix, qu'il devra quitter l'entreprise dans quelques semaines ou dans quelques mois.

### **§ 1 - La durée du préavis.**

La durée du préavis est fixée différemment selon qu'il s'agit d'une démission ou d'un licenciement. Elle n'est pas liée à la période d'essai, sauf dispositions conventionnelles contraires.

S'agissant du point de départ du préavis, si ce n'est plus la date de présentation de la lettre de licenciement mais celle de son envoi qui détermine la date de notification de la rupture et l'ancienneté du salarié, le préavis lui ne commence toujours à courir qu'à compter de la date de présentation de cette lettre (art L. 122-14-1)

Dans le cas d'un licenciement autre que pour une faute grave ou lourde, le salarié a droit à un préavis dont la durée varie en fonction de l'ancienneté.

L'article L. 122-6 du Code du travail fixe des règles minimum auxquelles les conventions collectives, les usages ou le contrat de travail peuvent déroger dans un sens plus favorable, c'est-à-dire en fixant des périodes plus longues.

- si le salarié a moins de six mois d'ancienneté, la loi ne fixe aucune durée minimum. Elle renvoie aux conventions collectives, usages de la profession ou de la localité (art. L. 112-5).

La charge de la preuve de l'existence d'un tel accord incombe au salarié qui l'invoque. La convention collective prévaut toujours sur l'usage, -ainsi rejeté au second plan- même si l'usage est plus favorable.

- si le salarié a entre 6 mois et 2 ans d'ancienneté, le salarié a droit à un délai congé d'un mois minimum.

- si le salarié a plus de 2 ans d'ancienneté, il a droit à un délai congé de 2 mois minimum.

Pour les cadres, s'il est habituellement admis qu'ils ont droit à un préavis de 3 mois, cette affirmation peut se révéler inexacte car la loi n'en dit mot. Ce sont en fait les conventions collectives qui prévoient un délai de préavis plus long pour eux.

En outre, certains cadres supérieurs peuvent négocier une durée encore supérieure qui peut aller jusqu'à 6 ou 8 mois. Mais en aucun cas le contrat de travail ne pourrait fixer une durée de préavis inférieure à la loi, à la convention collective, ni même aux usages.

Les durées de préavis s'imposent quelle que soit la durée du travail prévue au contrat ; un salarié à mi-temps ayant trois ans d'ancienneté aura droit à 2 mois de préavis, effectué comme d'habitude à mi temps.

Le critère retenu pour la détermination de la durée minimum légale du préavis est l'ancienneté de services continus chez un même employeur. (Art L. 122-6).

Cette ancienneté s'apprécie à la date d'envoi de la lettre de licenciement (Cass.soc. 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-43.841).

S'agissant de la notion de "service continu", les périodes de suspension du contrat de travail n'entrent pas en compte dans la durée d'ancienneté. (Art. L. 122-10 C.t.).

Tel est le cas notamment des absences pour maladies non professionnelles, mise à pied, grève ou congés pour convenance personnelle.

En revanche sont pris en compte dans le calcul de l'ancienneté les absences pour

- accident du travail ou maladie professionnelle
- congé payé annuel

- congé de formation par exemple.

Très souvent les conventions collectives font intervenir la notion “d'appartenance à l'entreprise”, ce qui aboutit à assimiler à un temps de service les périodes de suspension du contrat de travail.

La période de préavis est **un délai préfix** qui ne peut être **ni interrompu ni suspendu** mais un accord collectif peut très bien prévoir des cas de suspension du préavis.

En l'absence de tels accords, en principe, si le salarié tombe malade au cours du préavis, celui-ci poursuit son cours et se termine à la date initialement prévue.

Le préavis ne peut être prolongé de la durée de la maladie du salarié (soc 28 juin 1989, Miro) sauf s'il s'agit d'un accident du travail. Dans ce cas, le préavis est suspendu (soc 18 juil 1996).

La durée du préavis ainsi fixée, deux situations peuvent se présenter :

- le salarié exécute son délai congé.
- ou bien ne l'exécute pas.

## **§ 2 - situation des parties pendant le préavis**

### **A - Exécution par le salarié du préavis**

C'est en droit du travail la norme et si aucune décision expresse n'émane du chef d'entreprise, le salarié doit venir exécuter son préavis en poursuivant normalement son activité.

Au cours de cette période, il est fréquent que l'employeur veuille l'affecter à un autre poste. Si une modification des conditions de travail est possible, une modification d'un élément essentiel du contrat serait illicite et pourrait être refusée par le salarié.

Celui-ci constatant l'impossibilité de fournir le travail convenu initialement pourrait

quitter l'entreprise et obtenir en justice le versement du reliquat de l'indemnité de préavis.

Ainsi l'employeur ne peut-il pas modifier la rémunération ou les fonctions du salarié. Il ne peut pas non plus obliger le salarié à exécuter son préavis dans un autre établissement dès lors que ce changement du lieu de travail constitue une modification substantielle du contrat de travail.

En outre si le licenciement est consécutif à un refus justifié du salarié d'accepter des conditions de travail qui constituent une modification substantielle du contrat de travail, l'employeur ne saurait faire exécuter le préavis dans les conditions nouvelles (cass.soc 18 nov 1994).

A l'inverse si le refus du salarié est illégitime, (si son contrat comporte une clause de mobilité par exemple) le préavis s'effectuera dans les nouvelles conditions.

### **Faute commise au cours du préavis**

Pendant le préavis, les relations de travail se poursuivent comme antérieurement. Le salarié est tenu à toutes les obligations figurant dans son contrat de travail.

#### *Si le salarié commet une faute grave au cours du préavis*

L'employeur peut mettre fin immédiatement au contrat sans avoir à verser une indemnisation pour la partie du préavis restant à courir. Il en est ainsi lorsque, au cours du préavis, le salarié travaille clandestinement pour le compte d'un concurrent (Cass. soc. 17 janv. 1990, Gruet c. SARL BCD).

- l'employeur n'a pas à réitérer la procédure de licenciement qu'il a déjà suivie. Par (cass. soc. 22 janv. 1991, SA Caron c/ Dodon).

- la faute grave commise au cours du préavis n'entraîne pas la perte du droit à l'indemnité de licenciement. Celle-ci prend en effet naissance à la date de la notification



du congé, même si son exigibilité est reportée à la fin du préavis (Cass. soc; 10 mai 1989, Robinard c/ Bonnand).

Ceci vaut pour l'indemnité légale comme pour l'indemnité conventionnelle de licenciement (Cass. soc. 4 oct. 1990, Maillard c/ Sté Sadem Conforama).

*Si le salarié commet une faute lourde au cours du préavis*

Les solutions dégagées en cas de faute grave sont également applicable.

- la faute lourde permet à l'employeur de mettre fin au préavis et le libère de ses obligations pour la période restant à courir. Mais le salarié a droit à l'indemnité de préavis correspondant à la période antérieure à la faute.

- le salarié ne peut être privé des indemnités de licenciement et de congés pays, celles-ci étant acquises au jour de la décision de licenciement (Cass. soc. 23 oct. 1991, SA SOGEA c/ Duponchelle).

*Fautes découvertes en cours de préavis*

De même lorsqu'une faute a été commise avant la notification du licenciement et est révélée postérieurement, cela permet à l'employeur de mettre fin au préavis sans avoir à verser d'indemnité pour la période restant à courir.

Mais cela ne peut entraîner la perte du droit à l'indemnité de licenciement qui naît à la date de cette rupture (Cass. soc. 7 mars 1990, SARL Armor Etanchéité c/ Jubault et Cass. soc. 7 mai 1991, Karsenti c/ Sté Hispano Suiza).

## **B- Non exécution par le salarié du préavis**

Trois cas très différents peuvent se présenter :

### **1°) La non exécution du préavis à l'initiative du salarié**

Au cours du préavis, le salarié trouve un emploi. Peut-il, pour ce motif, quitter son employeur du jour au lendemain et interrompre son préavis.

En principe non, ce n'est pas possible, sauf :

- accord de l'employeur
- ou disposition de la convention collective.

Par exemple, la convention collective nationale de la pharmacie d'officine permet aux employés et agents de maîtrise qui ont été licenciés d'interrompre leur préavis s'ils rapportent la preuve qu'ils doivent prendre leur travail immédiatement chez un autre employeur.

En dehors de ces cas, le salarié qui n'accomplit pas son préavis est redevable d'une indemnité correspondant aux heures de travail qu'il aurait dû effectuer.

En pratique, l'employeur n'est pas forcément mécontent du départ anticipé d'un salarié déjà licencié : le travail accompli laisse parfois à désirer et les rapports avec la hiérarchie sont souvent tendus.

## **2°) Non exécution du préavis à l'initiative de l'employeur**

### **Premier cas : dispense discrétionnaire de la part du chef d'entreprise**

De façon discrétionnaire, le chef d'entreprise peut décider (par une manifestation de volonté non équivoque) de dispenser le salarié d'exécuter le préavis mais en payant intégralement les salaires et primes que ce dernier aurait touché.

Cette solution a évidemment les faveurs du salarié mais elle est très coûteuse pour l'entreprise qui sauf dans le cas où la dispense est de droit (licenciement d'un accidenté du travail car impossibilité de reclassement) préfère parfois demander l'exécution intégrale du préavis.

Si l'employeur dispense le salarié d'effectuer tout ou partie de son préavis, il doit lui verser une indemnité compensatrice qui a la nature juridique d'un salaire et est calculée sur la rémunération brute du salarié. (Cass. soc. 21 fév. 1990, Guliani c/ Brin).

Le montant de cette indemnité correspond logiquement à toutes les sommes qu'auraient perçues le salarié s'il avait travaillé.

Il en est ainsi notamment des primes comme :

- la prime d'objectif qui est due même si de toute évidence la salarié ne pouvait atteindre l'objectif fixé ce mois là (Cass. soc. 14 nov. 1990, Invernizzi c/ S.C.G.

- d'une prime d'intéressement pour le mois pendant lequel la salariée n'a pas effectué le préavis à la demande de l'employeur (Cass. soc. 7 mai 1991, Danquigny c/ Sté Synergie)

En revanche, les primes et indemnités représentant un remboursement de frais réellement engagés n'entrent pas en compte pour calculer l'indemnité compensatrice de préavis.

- Sont donc exclues les indemnités des frais de transport ou de repas (cass. soc. 18 oct. 1990, Trudelle c/ Netter).

- pour la période où il est dispensé d'exécuter son préavis, le salarié n'a pas droit non plus aux titres restaurant (Cour d'appel de Paris, 28 fév. 1991, Sofrexco c/ jouve).

D'une manière générale, *l'employeur ne peut pas verser moins* que ce que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé. Il ne peut même pas exclure les primes liées au présentisme car c'est l'employeur qui a décidé du non travail.

La loi du 3 janvier 1985 a précisé (art. L. 122-8) que la dispense de préavis ne doit "entraîner aucune diminution des salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés payés, que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail."

Jusqu'en 1988, si l'entreprise baissait ses horaires ou était mise en chômage technique, le salarié licencié ne touchait pas plus que ses camarades.

La loi du 13 janvier 1989 est venue préciser que l'indemnité compensatrice devra être versée, en cas d'inexécution totale ou partielle du délai congé résultant de la fermeture

de l'établissement ou d'une réduction de l'horaire de travail, sur la base de la durée légale ou conventionnelle de travail applicable à l'entreprise.

La dispense de préavis étant l'exception, elle ne se présume pas et doit résulter d'une manifestation de volonté non équivoque de l'employeur : en cas de litige, il revient donc au salarié d'en rapporter la preuve.

Pratiquement l'exécution ou la dispense de préavis figure souvent dans la lettre de notification du licenciement.

S'il est dispensé de préavis, le salarié n'est plus à la disposition de son employeur : ce dernier ne peut le faire revenir dans l'entreprise, et en l'absence de clause de non-concurrence, le salarié pourra se faire embaucher immédiatement ailleurs, sans qu'il soit possible de réduire son indemnité compensatrice.

## **2 - Dispense en cas de faute grave et a fortiori lourde**

Elle est différente de la dispense que nous venons d'examiner.

Dans les deux cas le salarié n'exécute pas son préavis, mais ici, il ne sera pas payé : il ne percevra aucune indemnité de préavis ni de licenciement.

La privation du préavis constitue donc une sanction disciplinaire liée à la faute grave, la définition de celle-ci étant qu'elle ne permet pas à l'employeur de garder le salarié dans l'entreprise. Il est donc logique que cette faute entraîne l'absence de salaire correspondant.

Mais il revient alors à l'employeur, qui ne verse pas une indemnité auquel le salarié a en principe droit, d'apporter la preuve de la faute grave ou lourde. Le doute profitera au salarié.